POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LA LIBERTÉ

N° 84

SOMMAIRE

MAURICE AGULHON 5
La conquête de la liberté

DANIÈLE LOCHAK 15
Les bornes de la liberté

BERTRAND GUILLARME 31
L'individu et le groupe

MICHAEL FREEDEN 45
Entre socialisme et libéralisme

PHILIPPE ARDANT 61
Les constitutions et les libertés

JEAN-PAUL COSTA 75
Le juge et les libertés

ALAIN-GÉRARD SLAMA 89
L'État sans citoyens

BERNARD STIRN 99
L'état des libertés : bilan critique

GEORGES CORM 111
Le difficile voyage de la liberté hors d'Occident

CHRONIQUES

CHRONIQUE EUROPÉENNE

JEAN-LOUIS BOURLANGES — 133
L'Union européenne au lendemain d'Amsterdam : une évaluation politique

ÉLISABETH ZOLLER — 163
États-Unis : le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême

CHRONIQUE DE L'ÉTRANGER : LETTRE D'ALLEMAGNE

ADOLF KIMMEL — 177
La cohabitation à l'allemande

REPÈRES ÉTRANGERS

(1er juillet – 30 septembre 1997)
PIERRE ASTIÉ ET DOMINIQUE BREILLAT — 191

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1er juillet – 30 septembre 1997)
PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL — 195

Summaries — 215

REVUE TRIMESTRIELLE PUBLIÉE
AVEC LE CONCOURS DU CENTRE NATIONAL DU LIVRE

LA LIBERTÉ EST ÉTUDIÉE PAR

MAURICE AGULHON, professeur honoraire au Collège de France, historien ; *1848 ou l'Apprentissage de la République*, t. VIII de la *Nouvelle Histoire de la France contemporaine*, Éd. du Seuil, coll. « Points histoire », 1973, nouvelle éd. 1992, traduit en anglais, italien et portugais ; *Coup d'État et République*, Presses de Sciences-Po, coll. « La bibliothèque du citoyen », 1997.

DANIÈLE LOCHAK, professeur de droit public à l'université de Paris-X Nanterre, responsable du DEA « Droits de l'homme et libertés publiques » ; *La Justice administrative*, Montchrestien, 1994 ; *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985.

BERTRAND GUILLARME, maître de conférences à l'université de Paris-VIII et chargé d'enseignement à l'IEP de Paris ; *Rawls et l'Égalité démocratique*, PUF, coll. « Questions », 1998, et plusieurs articles de théorie politique.

MICHAEL FREEDEN, professeur de science politique à l'université d'Oxford, chercheur à Mansfield College et rédacteur en chef de la revue *Journal of Political Ideologies ; Ideologies and Political Theory*, Oxford, 1996.

PHILIPPE ARDANT, professeur émérite à l'université de Paris-II ; *Les Institutions de la V^e^ République*, Hachette, 1997 ; *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, LGDJ, 9^e^ éd. 1997 ; *Les Textes sur les droits de l'homme*, PUF, 1993.

JEAN-PAUL COSTA, président de sous-section au Conseil d'État, président de la commission d'accès aux documents administratifs et professeur associé à l'université de Paris-I ; *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, Éd. STH, 1986.

ALAIN-GÉRARD SLAMA enseigne l'histoire des idées politiques à l'Institut d'études politiques de Paris ; *Les Chasseurs d'absolu. Genèse de la gauche et de la droite*, Grasset, 1980, rééd. coll. « Pluriel » ; *L'Angélisme exterminateur. Essai sur l'ordre moral contemporain*, Grasset, 1993, rééd. coll. « Pluriel » ; *La Régression démocratique*, Fayard, 1995 ; *La Guerre d'Algérie. Histoire d'une déchirure*, Gallimard, 1996.

BERNARD STIRN, conseiller d'État, professeur à l'IEP de Paris et coordonnateur des enseignements juridiques de l'ENA ; *Les Sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^e^ éd. 1995 ; *Les Libertés en questions*, Montchrestien, coll. « Clefs », 1996.

GEORGES CORM a enseigné aux universités du Liban, comme consultant économique et financier indépendant ; *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles*, LGDJ, 1971 ; *Le Nouveau Désordre économique mondial. Aux sources des échecs du développement*, La Découverte, 1993 ; *Le Moyen-Orient*, Flammarion, coll. « Dominos », 1993 ; *Le Proche-Orient éclaté* II. *Mirages de paix et Blocages identitaires 1990-1996*, La Découverte, 1997.

MAURICE AGULHON

LA CONQUÊTE DE LA LIBERTÉ

QU'EST-CE QUE LA LIBERTÉ, pour nous aujourd'hui, en France ? Ce n'est pas simple. S'interrogera-t-on, par exemple, pour savoir si la liberté est parmi nous, Français de notre temps, un objet de consensus ou un objet de conflits ? On sera bien obligé de répondre : les deux.

UN CONSENSUS OU UN CONFLIT ?

Il en est de la liberté comme de la République, qui la représente en France dans la sphère politique. Nous sommes à l'époque où, dans « la classe politique », tout le monde se déclare républicain, ce qui n'empêche pas la droite républicaine et la gauche de se disputer âprement, d'insister sur la différence de leurs doctrines, de feindre d'avoir peur l'une de l'autre, et de dénier parfois à leur rivale jusqu'au droit de se réclamer de la République. Il y a donc bien là à la fois consensus dans les faits et perpétuation de guerre civile dans les esprits. Ce paradoxe s'explique assez probablement, comme il est courant dans notre histoire, encombrée de réminiscences, de forces d'inertie, par le passé relativement proche où le consensus sur la République n'existait pas encore. Vers 1880, la France était partagée entre une droite qui redoutait et détestait la République – et qui aspirait à restaurer une monarchie (impériale ou royale, peu importe ici) – et une gauche dont la volonté de fonder et de défendre la République suffisait à définir les contours. Depuis cent ans, l'acceptation progressive de la forme républicaine de gouvernement par les partis, groupes sociaux, tendances, traditions classés à droite est l'un des principaux fils conducteurs de notre histoire politique. Ce ralliement aujourd'hui à peu près complet à la République

comme forme (et même bien plus que comme forme : comme méthode, comme règle normale de la vie publique) n'a pas effacé le conflit plus profond, le conflit de fond, entre « parti de l'Ordre établi » et « parti du Mouvement » (pour reprendre ici la terminologie d'un grand aîné[1]). Car ce dernier conflit est sans doute essentiel. Ainsi s'explique que la République soit aujourd'hui en même temps l'objet d'acclamations convergentes et d'interprétations divergentes, objet d'une commune reconnaissance filiale par des enfants qui entre eux ne s'aiment pas.

On pourrait sans doute, dans des conditions de complexité plus grandes, en dire autant de la liberté. La liberté, réduite à son principe simple, à sa définition élémentaire, est une valeur à peu près unanimement reconnue. Où est le temps où la liberté de l'individu était jugée intrinsèquement mauvaise ? Où le bien consistait à reconnaître et à subir
6 l'Autorité, l'autorité de la religion établie (pour la conception générale de l'existence) et les autorités (expressément liées à la précédente) du roi et de la tradition dans l'ordre politique, du père dans la famille, etc. ?

Aujourd'hui, l'immense majorité de nos contemporains rejette les systèmes d'intégrisme religieux, totalitaires avant la lettre. Nous sommes soit des agnostiques, soit des croyants qui acceptent plus ou moins le principe de réduction de l'autorité du dogme religieux à un domaine spécifique. Nous rejetons donc tous, par conséquent, l'idée d'une religion d'État unique, comme l'idée d'une religion dotée d'un pouvoir temporel. Mais ce laïcisme élémentaire, qui nous est commun, n'empêche pas toutes sortes d'autres conflits sur l'aménagement de la sphère reconnue au pouvoir civil et même sur les modalités de la séparation entre pouvoir civil et pouvoir religieux. Reste que la liberté est communément évoquée, donc reconnue par tous. C'est au point que même ceux qui ne l'aiment que modérément en politique pure (nous pensons à la droite de la fin du siècle dernier, encore mal convaincue de la légitimité de la démocratie libérale) n'hésitent pas à en brandir le drapeau contre la gauche : ainsi le pouvoir moral du catholicisme a-t-il été défendu sous le beau nom de « liberté de l'enseignement », et le pouvoir concret du patronat sous celui de « liberté d'entreprise ».

Dans un cas comme dans l'autre, il va de soi que les accusées, la gauche laïque (antilibérale contre « les curés ») et la gauche socialiste (antilibérale contre le capital), se pensaient elles-mêmes comme libérales, à condition de se placer à un niveau plus élevé : en donnant la laï-

1. François Goguel, bien entendu, dans *La Politique des partis sous la Troisième République*, Paris, Armand Colin, 1946, 2 vol.

cité comme libération de la pensée dans le premier cas, la justice sociale comme libération concrète de la vie du pauvre dans le second cas.

Une conclusion sarcastique (donc pessimiste) pourrait nous faire écrire ici que la liberté peut être « mise à toutes les sauces ». Une conclusion plus optimiste soulignerait qu'elle a partie gagnée au moins comme idée, ce qui est une victoire non négligeable. Nous sommes plutôt du côté optimiste.

De la Liberté de Penser aux Révolutions d'Occident

La conquête de la liberté, ce serait donc une bien longue histoire à raconter. Au fond, elle commencerait par la conquête de la pensée libre, de la pensée tout court, puis de son individualisation.

Époque bien lointaine, et bien inaccessible à mes compétences.

Dans une étape plus récente, il faudrait faire état de la libération de la pensée qui était virtuellement inscrite dans l'éclatement du magistère catholique en Europe. La liberté de pensée doit certainement beaucoup aux hérétiques et aux réformateurs. Ceci est banal mais pose d'autres questions. Pourquoi le monde européen de la fin du Moyen Age en est-il arrivé là ? Et, ensuite, comment l'esprit de la critique religieuse s'est-il développé en esprit critique tout court, et plus précisément en capacité de critique des institutions temporelles ?

Il existe sur ces problèmes bon nombre de spécialistes que nous ne prétendons pas égaler ni résumer. De la Réforme et de la Renaissance à la pensée des Lumières en passant par les libertins, de ces cheminements de la libre pensée (avant la lettre), de son accession à la volonté de changement politique, qu'il passe soit par la subversion soit par le « despotisme éclairé », nous ne parlerons pas.

Pour nous en tenir à la sphère politique moderne, qui seule nous intéresse ici, il est admis que les réalisations effectives de la démocratie libérale qui est devenue la norme dans notre univers (dans ce « monde libre » ainsi autodésigné contre les repoussoirs successifs de Hitler et de Staline) dérivent de trois expériences majeures, la révolution anglaise (1640 puis 1688), la révolution américaine (1776) et la Révolution française (1789 puis 1792). C'est de cette dernière que nous, Français, sommes les descendants, ou les élèves, ou les produits, comme on voudra dire. L'étude comparée de ces trois épisodes et des modèles qu'ils ont suscités est un chantier très fréquenté depuis quelques décennies, à la frontière de l'histoire du monde moderne et de la science politique. Comme chacun

sait, le bicentenaire de la Révolution et la période qu'il a en fait occupée (en gros, de 1981 à 1992) ont encore accentué la densité des réflexions et leur rayonnement dans le grand public. Au premier rang des spécialistes de ce débat s'est imposé François Furet, sur l'œuvre de qui une mort brutale et prématurée vient d'attirer un surcroît d'attention.

Nous avions déjà commencé à préparer ces quelques pages lorsque nous avons pu lire dans *Le Débat*[2] la réimpression de l'un des derniers textes synthétiques de notre regretté collègue, intitulé « L'idée française de la révolution ». C'est pour y retrouver sans surprise, au milieu d'analyses fines et savantes, une orientation de jugement dont on a fini par oublier à quel point elle était paradoxale : du point de vue de la liberté (qui est une bonne chose), la Révolution française n'aurait pas été la meilleure école, son héritage aurait comporté des dangers et des risques de perversion, il y avait donc péril à la célébrer comme la gauche a tenté de le faire.

Un Dernier Débat avec François Furet

Ce n'est pas la première fois que nous avouerons n'être pas convaincu par cette thèse[3], et l'occasion est bonne de préciser le terme de la controverse qui nous paraît le plus central.

Bien entendu, on reconnaît que la Révolution a été violente (dès les journées parisiennes de juillet 1789), qu'elle a comporté pendant quelques mois non seulement les violences pratiques connues sous le nom de « Terreur » mais aussi cette violence théorique que fut la justification de la dictature du salut public (« pas de liberté pour les ennemis de la liberté »).

On reconnaît encore que cette doctrine liberticide du salut public pouvait s'étayer de références philosophiques préexistant au moins depuis *Le Contrat social*. Que ce modèle terroriste et dictatorial a été d'autre part trop favorablement reçu ensuite par la tradition républicaine grâce à la théorie simpliste de la Révolution « bloc ». Enfin, que cette révérence de la gauche française à l'égard de la phase dictatoriale de la Révolution a aidé le bolchevisme à se faire accepter en France,

2. Revue bimestrielle, Paris, Gallimard, nº 96, septembre-octobre 1997.

3. Nombreux articles, dont les principaux : « Faut-il avoir peur de 1789 ? » dans *Le Débat*, nº 30, 1984, et « La Révolution française au banc des accusés » dans *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, janvier-mars 1985, ont été réimprimés dans Maurice Agulhon, *Histoire vagabonde* II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1988.

puisqu'il pouvait présenter le Comité de salut public comme un précédent avouable de la dictature du prolétariat.

En résumé la Révolution serait une mauvaise école de liberté parce que son radicalisme serait l'origine directe du caractère chaotique de la politique française au XIXe siècle, et l'origine lointaine de l'aisance avec laquelle le stalinisme s'est acclimaté. L'héritage de la Révolution serait donc un mal, nommé jacobinisme. Quant au bien, nommé libéralisme, il trouverait plutôt ses racines chez les théoriciens qui surent être très tôt critiques à l'égard des péripéties violentes de la grande époque (Benjamin Constant, Tocqueville, et bien d'autres). Que faut-il en penser ?

Sur l'analyse des textes et des pensées politiques produits en France du milieu du XVIIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe, François Furet est insurpassable (en tous cas par nous). Notre objection ne consiste donc pas à discuter chacune de ces analyses, elle pourrait simplement se borner à ceci : sa vision de notre histoire n'a-t-elle pas tendance à hypertrophier les déterminismes idéologiques et, du coup, à sous-évaluer les effets plus simples et brutaux dus aux rapports de lutte entre les forces sociales en présence ? Nous avions déjà présenté l'argument tiré de la comparaison classique entre la révolution américaine et la Révolution française. La première, en Amérique, a suscité un consensus, toujours existant, sur la valeur de la République, consubstantielle, là-bas, à la nation, de même qu'un respect constant pour la Constitution, la même depuis 1787, ainsi que pour les procédures du droit ; la seconde, la nôtre, a au contraire ouvert deux siècles d'expériences à la fois byzantines et hargneuses à la recherche de la meilleure constitution.

Pourquoi cela ? Parce que la révolution américaine aurait eu une bonne conception du droit politique, et la française une mauvaise ? Ou bien plutôt parce que les Américains ont pu jouir dès l'origine d'un consensus sur leur République, puisque, du fait de leur « révolution », qui consista surtout en une victoire militaire sur l'armée anglaise, ils avaient jeté à la mer le parti de la contre-révolution[4], tandis que la

4. Ce que reconnaît expressément François Furet dans l'article cité : « […] une différence capitale. La première [la révolution américaine] n'a pas eu besoin de renverser un état social aristocratique pour instaurer une société d'individus égaux et libres. L'état social aristocratique, les colons américains l'ont laissé derrière eux en quittant l'Angleterre ou l'Europe pour vivre égaux et libres sur une terre nouvelle […]. La différence est si grande avec le cas français que Tocqueville y a vu, par opposition à 1789 en France, une instauration *non révolutionnaire* de la démocratie […]. » Ne peut-on en conclure que, si l'instauration de la démocratie en France a été révolutionnaire, c'est parce que, dans son cas, l'ancien ordre social lui faisait directement face ?

France nouvelle devrait vivre avec l'existence, sur son sol même, et infiniment puissant dans l'ordre social et spirituel, du parti de la contre-révolution ? Qui dira si, dans l'hypothèse où Louis XVI et les privilégiés avaient accepté l'essentiel de la modernité proposée, nos grands ancêtres ne s'en seraient pas tenus à une sagesse de légistes américains ? En d'autres termes, notre Révolution était-elle violente parce qu'elle avait du radicalisme idéologique dans son patrimoine génétique, ou bien parce qu'elle s'est heurtée d'entrée à une résistance obstinée ? La réponse nous paraît évidente.

Quant à la question de savoir dans quel sens a pesé ultérieurement l'héritage de la Révolution, son héritage au sens complet, son legs théorique donc, mais aussi sa tradition, et – pourquoi pas ? – son mythe, choses souvent plus efficientes encore que les théories, la réponse nous semble également claire.

C'est un fait que, passé la clôture de l'épisode exceptionnel de la dictature du salut public, le 9 thermidor an II, passé aussi le correctif libéral apporté par le sage Louis XVIII de 1814 à la tyrannie napoléonienne, c'est, pour l'essentiel, sous les régimes expressément rattachés au souvenir et au respect de la Révolution que s'est bâti l'édifice de notre démocratie libérale : monarchie de Juillet, II^e^ République, III^e^ République surtout.

C'est un fait que – véritable confirmation de ce qui précède, véritable preuve *a contrario* – la démocratie libérale s'est trouvée compromise, et la dictature s'est trouvée peser ou menacer, chaque fois que l'État a été dominé par des ennemis avérés de la Révolution : Napoléon I^er^ [5], Louis XVIII en fin de règne, Charles X, Napoléon III au temps de l'Empire autoritaire, l'Ordre moral de 1873-1875 (Mac-Mahon), Vichy enfin. En France, depuis 1830, détester la Révolution en principe et attaquer les libertés en fait constituent deux options soli-

5. Napoléon ici classé fait problème. François Furet me l'a un jour directement et vivement reproché (dans un face-à-face enregistré organisé en 1989 par le magazine *Espresso, 1789-1989 il Terrore e la Liberta*, supplément au n° 3 de l'*Espresso*, 22 janvier 1989). Pour François Furet, Napoléon est un produit de la Révolution (et ses méfaits alourdissent donc le bilan de celle-ci). Pour nous, Napoléon, héritier des conquêtes juridiques de la Révolution, et leur défenseur contre les rois coalisés, n'en était pas moins, dans l'ordre théorique, un adversaire résolu de l'inspiration révolutionnaire, par son hostilité déclarée aux « idéologues » (c'est-à-dire aux héritiers des Lumières), par la réconciliation recherchée avec le clergé et la noblesse, par sa conception de l'ordre social, l'esclavage rétabli aux Antilles, etc. Ce n'est pas le seul cas où Napoléon est au cœur des débats de l'histoire de France.

daires, émanant des mêmes groupes. C'est pourquoi l'antagonisme entre libéraux et jacobins, antagonisme théorique si évident… en théorie, et sous la plume de François Furet, est bien loin de s'être pleinement déployé dans notre histoire, tant sont nombreuses les phases où libéraux et jacobins ont eu à s'allier contre un adversaire commun : la réaction (pour lui donner son nom le plus vulgaire et le plus répandu). Dussent, dans cette fréquentation récurrente, nos libéraux se jacobiniser un peu, et nos jacobins garder le goût de la liberté.

C'est un fait encore que, lorsque apparaissent à l'extrême gauche, la lutte des classes aidant, des velléités de renouvellement de dictature populaire violente et de salut public – la voilà bien l'impulsion populiste-liberticide issue de l'an II –, il s'est toujours trouvé d'autres amis de la Révolution, se réclamant aussi des grands ancêtres, pour les réprimer et pour rétablir une République libérale. C'est Carnot qui a réprimé le babouvisme, c'est Cavaignac qui a brisé l'insurrection de juin, c'est Thiers qui a brisé celle de la Commune. Que les tristes besognes républicaines que nous venons d'évoquer soient peu exaltantes pour notre sensibilité d'aujourd'hui, c'est bien évident, mais ce n'est pas cela qui importe. A la suggestion selon laquelle la tradition de la Révolution serait funeste parce que, intrinsèquement radicale, elle susciterait sans cesse des velléités de pouvoirs extrémistes, l'histoire répond que cette même tradition a toujours suscité les résistances antijacobines de Républicains libéraux, et qui ont vaincu.

C'est un fait enfin que la culture nationale de gauche issue de la Révolution a contribué à fournir, avec la propension toujours citée au communisme stalinien, ce qui sans doute a constitué son principal antidote. Même à son apogée, au lendemain de la Libération, l'influence du PCF est restée limitée à un quart des suffrages exprimés dans l'électorat, correspondant à une bonne moitié de la classe ouvrière, et à des minorités dans les classes moyennes et paysannes. Qu'en aurait-il été sans la résistance discrète mais profonde opposée par le socialisme démocratique ? Il nous faut rappeler ici une idée que nous avons déjà exprimée ou écrite ici ou là[6], c'est celle de l'analogie si frappante qui existe entre la polémique anticléricale issue du XIX^e siècle et la polémique antistalinienne. C'est le thème du « parti de l'étranger », qui,

6. Par exemple, et le plus nettement, dans notre contribution au débat organisé au Mans par les « Carrefours de la pensée », in *Les Héritages du congrès de Tours*, Le Mans, 1990, p. 151-152.

avant de viser « Moscou », a été lancé contre Rome et la papauté[7] ; c'est le thème de la machine sottement disciplinée, ceux qui pensent comme leurs chefs, ceux qui changent de tactique au doigt et à l'œil, ceux qui *perinde ac cadaver* ; c'est le thème enfin du militant sombre et puritain, obsédé de vertu et de combat politique et réfractaire au divertissement et à la gaieté bien gauloise, autre reproche populaire, rodé contre « les curés » et les hommes d'œuvre, et naturellement réemployé contre les nouveaux dévots et les nouveaux fanatiques formés par « le parti ». Ces polémiques que nous avons bien connues ne volaient pas toujours très haut, comme on dit. Mais la politique n'est pas tout entière au niveau du pur esprit. Elle joue sur des doctrines que la science politique connaît parfaitement, mais aussi sur des faits de mentalité plus flous, plus terre à terre. Si le peuple de gauche en France, même à la grande époque stalino-thorézienne d'il y a cinquante ans, n'a pas tout entier glissé vers le communisme, l'un des obstacles, ou l'un des freins, est certainement venu de la culture libertaire que la tradition républicaine issue de la Révolution avait forgée contre la Rome du *Syllabus*, et dont la transposition allait de soi.

Pour toutes ces raisons, nous ne proposerions pas d'abandonner l'idée ancienne d'après laquelle le souvenir de la Révolution et l'attachement à ses principes, en fondant la République en France, ont constitué le fondement principal de la liberté ; c'est-à-dire de l'adhésion à la démocratie libérale telle que celle dont nous jouissons, et qui ressemble, pour l'essentiel, à celle des autres nations occidentales.

Quelques Confirmations Symboliques

C'est d'ailleurs, après tout, une vérité officiellement reconnue. La République française se représente couramment par un buste de femme coiffée d'un bonnet phrygien, vieux choix symbolique, effectué dès septembre 1792 et qui, pour désigner la République, empruntait délibérément le bonnet phrygien à l'emblématique propre de la liberté. Par ce vieil emblème, Liberté, Révolution, République sont encore associées

7. Il y eut un moment critique dans les années 1870 où la droite, attachée au pouvoir du pape, aurait voulu que la France traitât avec hostilité le nouveau royaume d'Italie. Or l'intérêt évident de la France vaincue était de sortir de l'isolement diplomatique et non pas de se mettre sur les bras un ennemi de plus. L'intérêt national et l'anticléricalisme républicain coïncidant, on comprend la formule.

sous nos yeux chaque fois que nous regardons une « Marianne » ou un timbre-poste, même si, reconnaissons-le, cet enseignement n'a plus de nos jours qu'une vertu subliminale.

Mais l'inconscient compte aussi.

Nous voulons dire que les événements fondateurs ne laissent pas que des doctrines dans leur sillage, ils y laissent aussi des éléments de culture morale non moins efficients. La Révolution française nous a légué, c'est vrai, deux séries de choses : d'une part, entre autres discours, quelques justifications théoriques dangereuses du salut public et de la violence populaire, d'autre part, et tout aussi fort, la répulsion massive contre les barbaries archaïques. Ce sont – je l'ai déjà écrit aussi – les amis de la Révolution qui ont fait aboutir l'abolition de la guillotine en 1981, et ce sont les plus virulents insulteurs théoriques de la Révolution qui inscrivent aujourd'hui le rétablissement de la peine de mort à leur programme. Dans la récente campagne électorale, on a pu voir en réunion publique l'étrange mascarade d'un homme politique exhibant le simulacre de la tête coupée d'un(e) de ses ennemis ! Or cette sinistre pitrerie n'émanait pas de l'extrême gauche (qui fait pourtant profession de respecter les coupeurs de têtes vainqueurs de la Bastille) mais de l'extrême droite (qui juge la Révolution honorable mais qui n'hésite pourtant pas à pasticher ses pires moments).

L'histoire est bien complexe, comme on voit, mais ses effets globaux à long terme sont nets. La Liberté en France aujourd'hui est bien assise dans le camp où la République l'a toujours située.

RÉSUMÉ

La Liberté, dans sa définition essentielle (le contraire de la soumission à l'Autorité), est acceptée par tous, ce qui n'élimine pas les conflits entre ses adeptes. On s'en tient aux deux derniers siècles de l'histoire de la France, et à un problème unique : que penser de la Révolution française ? A-t-elle façonné notre culture nationale dans un sens plutôt dangereux pour la liberté ? Ou dans un sens plutôt favorable ? Contre François Furet, à qui le liait une vieille habitude de controverse, l'auteur conclut dans le second sens, en insistant sur le problème théorique de l'explication en histoire : qu'est ce qui pèse le plus, des discours idéologiques ou du jeu concret des forces sociales et politiques en présence ?

Danièle Lochak

LES BORNES DE LA LIBERTÉ

Parce qu'il n'existe aucun droit qui puisse s'exercer sans limite, aucune liberté qui soit absolue, s'interroger sur les limites de la liberté revient en fait à reposer dans son ensemble la question de la liberté et de ses conditions d'exercice. Force est donc de restreindre le champ de la réflexion. D'abord en postulant que la question n'a d'intérêt que là où la liberté a un sens et une réalité, ce qui conduit à centrer l'analyse sur les démocraties libérales. Ensuite, en envisageant les seules limites qui traduisent une volonté explicitement assumée de « mettre des bornes » à la liberté, en laissant de côté les entraves à l'exercice des libertés engendrées par les inégalités sociales ou les phénomènes d'exclusion, ou encore celles qui résultent de l'ineffectivité des garanties – du fait, par exemple, que la justice est trop lente, ou trop chère, ou inaccessible. Pour les mêmes raisons, les « libertés de faire » seront privilégiées par rapport aux « droits-créances », non pas que ceux-ci ne fassent pas partie du champ des libertés, mais parce qu'il est de leur essence même de ne pouvoir être intégralement assurés : la reconnaissance du droit à la santé, à l'éducation, aux loisirs ou au travail assigne à la collectivité non pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens – notamment celle de mettre en place un enseignement gratuit et un système de couverture des risques résultant de la maladie ou du chômage –, obligation elle-même limitée par les contraintes économiques.

Le champ de la réflexion peut donc être circonscrit à partir de la question suivante : quelles sont les bornes que, dans une démocratie, il est légitime, autrement dit qu'on juge nécessaire ou souhaitable, de poser à l'exercice des libertés ? Même ainsi reformulée, la question reste encore vaste et surtout elle peut paraître d'un classicisme – pour ne pas

dire d'une banalité – redoutable. N'est-ce pas en ces termes que les révolutionnaires l'avaient déjà posée en rappelant que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » ? Et la Convention européenne des droits de l'homme ne répond-elle pas à la question, de façon plus élaborée, en énumérant les impératifs qui, « dans une société démocratique », justifient des restrictions aux libertés qu'elle proclame ?

Mais si la question de la *justification* est et reste au cœur de toute réflexion sur les bornes de la liberté, elle ne s'épuise pas dans la simple énumération des impératifs légitimes. La question « au nom de quoi » – au nom de quoi peut-on valablement restreindre la liberté dans une société qui place précisément la liberté en tête de ses valeurs ? – invite à donner toute sa place à une interrogation sur les valeurs qui fondent les choix et les normes qui en découlent. Et l'invitation se fait aujourd'hui d'autant plus pressante que l'éthique, prenant le relais de l'idéologie et de la morale, tend à devenir le référent obligé de toute réflexion sur la liberté, qu'elle soit invoquée pour conforter la liberté ou pour poser des bornes à cette liberté. Mais il faut aussi déterminer la *juste mesure* des contraintes qu'il est légitime d'imposer aux individus : l'idée d'équilibre, on le sait, est consubstantielle à la pensée libérale. Et la reformulation des problèmes en termes d'éthique ne la rend pas caduque, tout au contraire ; mais elle rend plus délicate encore la recherche de cet équilibre entre des exigences contradictoires.

Au Nom de Quoi ?

La liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de l'autre : tel est le paradigme fondamental dans lequel s'énonce la problématique classique des restrictions aux libertés. Mais le surgissement de l'impératif éthique fait désormais apparaître en pleine lumière la question des valeurs, jusque-là sous-jacente, en même temps qu'il contribue à brouiller la notion et les frontières du « bien commun ».

Le paradigme libéral et la question des valeurs

Des bornes peuvent être légitimement posées aux libertés, soit pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit, soit pour concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société. On trouve les prémisses de ce paradigme libé-

ral dans la Déclaration des droits de l'homme lorsqu'elle énonce que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (art. 4) ou encore que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (art. 5). On en retrouve également une expression particulière dans la théorie des pouvoirs de police élaborée par le juge administratif français, articulée autour du principe selon lequel l'exercice des libertés doit se concilier avec le maintien de l'ordre public et qui inspire à son tour la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Au-delà des pouvoirs de police, l'ensemble de la jurisprudence administrative et constitutionnelle montre comment, à l'occasion de chaque espèce, le juge vérifie que les restrictions édictées par l'exécutif ou le législateur sont effectivement justifiées par des impératifs d'intérêt général ou la préservation des libertés d'autrui.

On trouve la formulation la plus élaborée et la plus complète du paradigme libéral dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme – essentiellement dans le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme – qui énumèrent les hypothèses dans lesquelles il est possible de porter atteinte aux droits et libertés qu'ils reconnaissent.

La première hypothèse correspond à l'idée de légitime défense de la société : un État est autorisé à « déroger » aux obligations qu'il a souscrites et à suspendre la jouissance des droits proclamés en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation. La seconde hypothèse est celle de la déchéance, traduction de la formule bien connue « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » : on ne peut se prévaloir des droits reconnus pour accomplir des actes visant à la destruction de ces droits.

Enfin, la plupart des droits énoncés peuvent faire l'objet de restrictions, à condition qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles soient édictées dans un but légitime (la protection de la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui…) et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique, la notion de nécessité incluant – on y reviendra plus loin – une idée de proportionnalité.

Cette problématique des impératifs légitimes est sous-tendue, de façon au moins implicite, par la référence à des valeurs : décider de ce qu'on veut protéger et au prix de quelles contraintes pour l'individu, décider du poids respectif que l'on accorde à telle ou telle liberté, à l'ordre et à la liberté, c'est faire un choix qui engage des valeurs et une

certaine représentation de ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ». D'autant que l'ordre ici visé n'a pas qu'une dimension matérielle mais comporte aussi une dimension immatérielle. La Loi fondamentale allemande est particulièrement explicite à cet égard lorsqu'elle énonce par exemple que « chacun a droit au libre développement de sa personnalité pourvu qu'il ne porte pas atteinte […] *à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale* » ou encore que « la liberté de l'enseignement ne dispense pas de la *fidélité à la Constitution* ».

Il y a bien entendu quelque paradoxe, au nom des valeurs démocratiques, à fixer des limites au pluralisme acceptable dans une société qui met précisément le pluralisme en tête de ses valeurs. Pourtant, malgré les dérives auxquelles sa mise en œuvre peut donner lieu, le principe n'en est pas moins admis qu'il est légitime de poser des bornes aux libertés pour préserver certaines valeurs jugées essentielles au maintien du lien social et des institutions politiques.

Ces valeurs essentielles incluent-elles les valeurs morales ? On rappellera pour mémoire qu'en France la doctrine a longtemps débattu du point de savoir si l'ordre public incluait, au-delà de la trilogie classique constituée par la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique, la moralité publique, et si l'autorité de police pouvait intervenir, en l'absence de troubles matériels, pour prévenir ou faire cesser le trouble des consciences résultant de faits contraires à la morale ou aux bonnes mœurs. Malgré certaines hésitations, tant le juge que le législateur ont incontestablement tranché la question par l'affirmative[1].

Pendant longtemps, on a également admis que la loi pouvait sanctionner pénalement des comportements considérés comme immoraux par une majorité de la population. En 1955, la commission européenne des droits de l'homme avait estimé que la répression pénale de l'homosexualité ne constituait pas une violation du droit à la protection de la vie privée dès lors que cette ingérence était justifiée par la protection de la morale. A la même époque, en Angleterre, la proposition de dépénaliser les actes homosexuels a donné lieu à une controverse restée

1. On peut citer, du côté du législateur, la possibilité de refuser le visa d'exploitation aux films « contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique » ou d'ordonner la fermeture d'un débit de boissons « en vue de préserver l'ordre, la santé ou la moralité publics ». Et, du côté du juge, pour s'en tenir au plus célèbre, l'arrêt « Sté Les Films Lutetia » (1959) par lequel le Conseil d'État a admis qu'un maire pouvait interdire dans sa commune la projection d'un film qui serait susceptible, dans le contexte local, d'être préjudiciable à l'ordre public à raison de son caractère immoral : bien que très contestée, la solution a été confirmée par la suite à plusieurs reprises.

célèbre[2]. Elle opposait ceux qui, à l'instar des membres de la commission Wolfenden, qui avait conclu en 1957 à la nécessité de cette dépénalisation, estimaient que la fonction du droit pénal n'est pas de chercher à faire respecter un modèle particulier de comportement au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'ordre et la décence publics à ceux qui prétendaient qu'il est légitime de punir l'immoralité en tant que telle, même si elle n'entraîne aucune conséquence préjudiciable pour autrui, parce qu'une société ne peut survivre sans certains principes moraux.

Le surgissement de l'impératif éthique

Si cette controverse peut sembler aujourd'hui dépassée en raison de la connotation désuète de la référence à des comportements « immoraux », elle renvoie néanmoins à la question plus générale de savoir dans quelle mesure il est légitime, dans une société démocratique, de réprimer des actes ou agissements contraires aux valeurs dominantes. Une question d'autant plus actuelle que la référence aux valeurs, qu'on aurait pu croire condamnée par le reflux de la morale traditionnelle et le dépérissement des idéologies, resurgit avec une vigueur accrue sous la forme de l'impératif éthique. Et c'est au nom de l'éthique qu'un nombre croissant de comportements sont mis hors la loi, avec pour objectif non pas tant de punir ou de dissuader par la menace de sanctions que de signifier publiquement que la société ne reconnaît pas les conduites incriminées – tel le racisme ou, plus récemment, le harcèlement sexuel – comme normales ou légitimes. On ne peut en effet négliger la fonction symbolique de la règle juridique : le rôle du droit n'est pas seulement d'interdire ou de réglementer des comportements potentiellement nuisibles à autrui ou à la société, mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales.

On peut d'abord relever la forte connotation éthique de certaines valeurs liées à l'exigence démocratique – l'égalité, la non-discrimination, le respect de l'autre – qui justifient des restrictions à la liberté d'expression par le biais de la répression de la diffamation et de l'injure raciales, de la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales, ou encore de la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité. Mais le surgissement de l'impératif éthique se traduit de façon plus éclatante encore dans la transmutation de la dignité, concept éthique par

2. Sur cette controverse, qui a opposé notamment lord Devlin (*The Enforcement of Morals*, 1959) et Herbert L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963), voir R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. fr., Paris, PUF, 1995, p 349 *sq.*

excellence, en concept juridique, avec des conséquences ambivalentes. Au départ, la notion de dignité inhérente à la personne humaine fonde les droits de l'homme et conforte donc la liberté ; et lorsque les conventions internationales prohibent les traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que l'esclavage et la servitude, et donnent à cette prohibition un caractère « intangible », c'est bien parce qu'ils portent atteinte à la dignité humaine. Les effets de l'invocation de la dignité sont déjà plus ambivalents lorsqu'on en fait découler – comme le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 janvier 1995 – la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, dans la mesure où la reconnaissance de ce droit au logement élargit la sphère de la liberté en même temps qu'elle peut justifier des limitations au droit de propriété.

De fait, la sauvegarde de la dignité des uns conduit inévitablement
20 à mettre des bornes à la liberté des autres. La dignité prend d'ailleurs parfois le relais de la morale[3], comme le montre l'attitude par rapport à la pornographie, où l'on se bat en quelque sorte à fronts renversés : naguère on s'insurgeait contre la censure et l'ordre moral au nom de la liberté d'expression et de création ; aujourd'hui on dénonce l'atteinte portée à la dignité de la femme. Dans le nouveau Code pénal, les messages « pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine » ne sont plus réprimés sur le fondement de l'atteinte aux bonnes mœurs, mais sur celui de la « mise en péril des mineurs ». Le proxénétisme, de même, n'est plus réprimé au titre des « attentats aux mœurs », mais des « atteintes à la dignité de la personne », comme le sont aussi les discriminations fondées sur la race, la religion, le sexe, les mœurs… ou les atteintes au respect dû aux morts. De son côté, la loi du 3 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit que l'exercice de cette liberté par les diffuseurs de programmes audiovisuels peut se trouver limité « dans la mesure requise par le respect de la dignité de la personne humaine ».

La substitution de l'impératif éthique à l'impératif moral n'a pas seulement pour conséquence de conférer une légitimité nouvelle aux restrictions des libertés ; elle contribue aussi à élargir la notion de bien

3. Il n'est pas sûr, à cet égard, que le Conseil d'État ait eu raison d'ériger la dignité de la personne humaine en composante de l'ordre public (CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA*, 1995, p. 1204, concl. Frydman) : même si c'était le seul moyen de donner un fondement juridique à l'interdiction par les maires des spectacles de lancer de nains et même s'il a pris soin d'éviter toute référence à la moralité publique, on peut craindre qu'il n'ait contribué ainsi à brouiller la frontière entre protection de la morale et protection de la dignité, avec le risque que la seconde ne devienne l'alibi de la première.

commun jusqu'à y inclure non seulement la protection d'autrui mais aussi la protection de l'individu contre lui-même.

La protection d'autrui est en effet souvent difficile à dissocier de la préservation de certaines valeurs, en particulier lorsqu'il s'agit des atteintes immatérielles. S'agissant de la pornographie, par exemple, on a vu comment la référence à la morale s'était effacée devant la volonté de protéger les femmes ou les enfants ; mais, au-delà des femmes et des enfants, c'est aussi une valeur que l'on entend préserver : la dignité de la personne humaine. De même, lorsqu'on décide de réprimer les différentes expressions du racisme, c'est autant pour préserver les valeurs fondamentales de la démocratie – l'égalité et la dignité de tous les êtres humains – que pour protéger les victimes du racisme. Car ici, ce n'est pas seulement l'individu qui est lésé, mais la nature humaine dont il est porteur.

Et c'est pourquoi l'impératif éthique conduit parfois à protéger l'individu contre lui-même. L'interdiction des spectacles de lancer de nains en donne une illustration éclatante, dès lors que c'est avec leur entier consentement que se déroule le spectacle considéré comme dégradant pour la personne humaine. Le commissaire du gouvernement, devant le tribunal administratif de Versailles où l'affaire était venue en première instance, relevait ce « terrible paradoxe qui consiste à déclarer, au nom des droits de l'homme, à une personne de petite taille, qui se sent et veut être un artiste, qu'en réalité ses cascades ne sont que des exhibitions qui déshonorent le genre humain[4] ». C'est aussi au nom de la dignité de la femme que des jeunes filles, qui revendiquaient – parfois sous la pression de leur famille, certes, mais parfois aussi de leur plein gré – la liberté de porter un foulard au nom de leurs convictions religieuses, ont été exclues des établissements scolaires qu'elles fréquentaient.

Les normes formulées dans le domaine de la bioéthique, de même, visent à mettre des bornes, au nom d'une certaine idée de l'homme et de sa dignité, aux possibilités nouvelles offertes par le progrès des techniques biomédicales. Lorsque l'indisponibilité de la personne est proclamée contre le droit subjectif à disposer de soi et de son corps, il s'agit bien, là encore, de défendre le sujet contre lui-même.

---

4. TA de Versailles, 25 février 1992, Sté Fun Productions et Wachenein c. Commune de Morsang-sur-Orge, *RFDA*, 1992, p. 1026 ; *Rev. trim. de la cour d'appel de Versailles*, n° 28-29, avril-septembre 1992, avec une note d'Olivier Cayla et les conclusions de M^me^ Labarthe-Vaquier.

Le brouillage des figures du bien commun

La promotion de l'éthique n'est qu'un des facteurs du brouillage des figures du bien commun, auquel contribue également la multiplication des demandes adressées à l'État-providence. De fait, les mécanismes de solidarité sur lesquels repose la protection sociale portent en eux l'extension de ce qui est « nuisible à la société » : certains comportements – fumer, se droguer, ne pas porter de ceinture de sécurité ou de casque – ne mettent pas seulement en danger la santé ou la vie de ceux qui s'y adonnent, mais ont un effet néfaste sur les comptes de la sécurité sociale et, au-delà, sur l'économie tout entière.

Les préoccupations sanitaires – notamment la lutte contre les épidémies – ont de tout temps justifié des mesures de contrainte sévères : il s'agit alors de véritables mesures de police dictées par la défense de l'ordre public, dont la salubrité publique est l'une des dimensions. Mais d'autres mesures ont un but nettement plus ambivalent : les vaccinations et les visites médicales obligatoires que doivent subir les enfants, les femmes enceintes, les futurs époux, les appelés du contingent, les salariés… sont-elles imposées au nom de la santé publique, c'est-à-dire de l'intérêt général, ou en vue du bien-être de chacun ? La même ambiguïté sous-tend la lutte contre les « fléaux sociaux » – ainsi dénommés par le Code de la santé publique –, parmi lesquels figurent pêle-mêle la tuberculose, les maladies vénériennes, le cancer, les maladies mentales, l'alcoolisme, la toxicomanie, l'infection par le VIH, et désormais le tabagisme, lutte qui peut légitimer, selon les cas, la déclaration obligatoire, anonyme ou nominative, de la maladie, l'injonction thérapeutique – le cas échéant, sous la contrainte et sous peine de sanctions pénales –, l'hospitalisation ou l'internement d'office.

Il arrive aussi que, derrière l'impératif sanitaire, se profile l'impératif moral, ce qui contribue encore un peu plus à brouiller la notion de bien commun. Lorsque la morale s'en mêle, de surcroît, les contraintes sont plus facilement acceptées. Comment expliquer autrement le caractère particulièrement coercitif du dispositif de lutte contre les maladies vénériennes, et surtout le peu d'empressement mis à l'abroger alors qu'en pratique il n'est plus appliqué parce que totalement inadapté ? Quant à la pénalisation de l'usage de drogue, elle pose en pleine lumière la question de savoir au nom de quoi la société peut interdire des comportements qui ne nuisent pas à autrui. Ici se mêlent ou plutôt s'emmêlent les considérations d'ordre public, les considérations sanitaires, les considérations morales et, finalement, les considérations « éthiques ». L'ordre public ? Mais alors que dans le cas de l'alcoolisme la loi ne pré-

voit de mesures de contrainte qu'à l'encontre des « alcooliques dangereux », la loi de 1970 prohibe de façon absolue la consommation de drogue, indépendamment des risques pour autrui et des dangers pour la collectivité que son abus peut engendrer. La santé publique et le coût social de la toxicomanie ? Hélas, le dispositif a fait la preuve de son inefficacité et de ses effets pervers puisque la répression, même assortie de l'injonction thérapeutique, n'a pas entravé le développement de la toxicomanie et a en revanche gêné la prévention du sida. La morale ? Mais qui oserait encore, aujourd'hui, ériger l'abstinence en vertu ?

Au bout du compte, pour justifier l'interdiction de se droguer, on invoquera la nécessité de protéger l'individu contre le risque de dépendance qu'engendre la consommation de drogue. Autrement dit, de protéger l'individu contre lui-même en restreignant sa liberté au nom de la préservation de son libre arbitre, composante de la dignité humaine.

La Juste Mesure

Si des bornes peuvent être légitimement posées à l'exercice des libertés, c'est dans la stricte mesure où elles sont nécessaires pour préserver les fondements de la vie en société et rendre possible la coexistence harmonieuse entre ses membres. Cette idée d'équilibre, consubstantielle à la pensée libérale, guide l'arbitrage entre des exigences opposées. La reformulation des problèmes en termes d'impératifs éthiques donne une vigueur nouvelle à cette vieille idée libérale, non sans accroître encore la difficulté d'aboutir à des solutions équilibrées et acceptables par tous.

On s'en remettait au juge pour soupeser, au cas par cas, les exigences antinomiques de l'ordre et de la liberté, pour concilier le plus équitablement possible l'exercice de deux libertés potentiellement antagonistes. Mais qui, dans une société pluraliste, sera habilité à définir une éthique commune, et comment justifier un point de vue qui vaille pour tous à une époque caractérisée par l'« anarchie des valeurs » (Paul Valadier) ? La quête du consensus est délicate et ne peut déboucher que sur des équilibres incertains et provisoires.

Une pesée subjective

Si tout est question d'équilibre, tout devient question d'espèce. On ne saurait s'étonner dès lors du rôle dévolu au juge dans le maintien de ces équilibres. La théorie des pouvoirs de police illustre la forme canonique du paradigme libéral : puisque, selon la formule à succès du commissaire du gouvernement Corneille, « la liberté est la règle, la restriction

l'exception », les limitations apportées à la liberté doivent être nécessaires et strictement proportionnées à la menace que son exercice fait peser sur l'ordre public. Et c'est au juge qu'incombe le soin de vérifier, à l'occasion de chaque espèce, par une pesée nécessairement subjective, que l'équilibre entre les exigences de l'ordre et celles de la liberté a bien été respecté. La théorie des circonstances exceptionnelles est elle aussi entièrement articulée sur la notion de proportionnalité : l'administration est affranchie du respect des textes en vigueur au nom de la nécessité, et dans la mesure où cet affranchissement est indispensable pour accomplir une tâche vitale pour la nation ou le fonctionnement des institutions. Ailleurs encore, on mettra en balance le droit de grève ou la liberté d'expression des fonctionnaires avec le droit des usagers à la continuité et à la neutralité du service public, ou encore avec l'autorité de l'État.

La constitutionnalité d'une loi s'apprécie elle aussi bien souvent en fonction du dosage qu'elle réussit ou non à réaliser entre des impératifs contradictoires : qu'il s'agisse du droit de grève des fonctionnaires, de la réglementation des contrôles d'identité, des délais de la rétention administrative des étrangers, de la sévérité des sanctions pénales ou administratives, l'inconstitutionnalité résultera souvent du caractère disproportionné ou excessif de la restriction apportée à la liberté ou de l'insuffisance des garanties qui l'entourent.

La proportionnalité est également au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour justifier des dérogations à la Convention, il faut, dit la Cour, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État, et les dérogations ne sont autorisées que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». De même, s'agissant des restrictions « nécessaires dans une société démocratique », la Cour considère qu'elles doivent être fondées sur un besoin social impérieux et proportionnées au but légitime recherché. Chaque fois – qu'il s'agisse des ingérences autorisées dans la vie privée et familiale ou des limitations apportées à la liberté de conscience ou à la liberté d'expression – il doit exister « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », et la Cour vérifie qu'un « juste équilibre » a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

Le caractère « raisonnable » de la règle, que la jurisprudence a ainsi érigé en critère de la légitimité des restrictions aux libertés, a été inscrit en toutes lettres dans la Charte canadienne des droits de la personne

dont l'article 1er dispose : « Les droits et libertés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

Proportionné, nécessaire, raisonnable : ce recours constant à des standards, c'est-à-dire à des notions sans contenu déterminé qui sont simplement des instruments d'évaluation des situations concrètes, est bien l'indice d'une démarche casuistique débouchant nécessairement sur des jugements d'espèce.

La quête du consensus

La reformulation des interdits ou des limites en termes de choix éthique pose de façon plus aiguë la question du consensus : car arbitrer entre des valeurs, faire la balance entre des principes abstraits est plus délicat que d'arbitrer entre des contraintes matérielles ou entre deux libertés dont l'affrontement est concrètement visible. Le prétoire n'est plus le lieu adéquat pour opérer les ajustements nécessaires, à la fois parce que le juge n'a pas la légitimité suffisante pour prendre des décisions dans des domaines où un consensus même approximatif n'est pas encore dégagé, et parce que la méthode du cas par cas doit pouvoir prendre appui sur une norme générale préexistante et ne peut suppléer à son absence.

Comment, dans une société caractérisée par le pluralisme des valeurs et des convictions, se mettre d'accord sur des règles contraignantes, comment restreindre le libre arbitre de chacun au nom d'une éthique qui n'apparaisse pas elle-même comme arbitraire ? Le paradoxe, en effet, c'est que le débat éthique renaît alors que les choix ne peuvent plus s'opérer au nom des concepts jugés obsolètes de « bien » et de « mal » : l'éthique « postmoraliste[5] » rejette le dogmatisme de la morale, et avec lui toute référence à une vérité objective et transcendante.

Or, si on refuse toute référence à une transcendance ou à la tradition, on ne peut rechercher le fondement des valeurs et des normes que dans la volonté humaine, et donc faire confiance à la discussion, à l'argumentation[6]. L'éthique, contrairement à la morale, se veut réflexive : elle ne prétend pas imposer des solutions, mais seulement indiquer une démarche pour les dégager, fournir des critères permettant de justifier

5. L'expression est de Gilles Lipovetski. Voir *Le Crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Paris, Gallimard, 1992.

6. Pierre-André Taguieff, « L'espace de la bioéthique. Esquisse d'une problématisation », *Mots*, n° 44, septembre 1995, *Discours sur la bioéthique*.

les bornes que l'on pose à la liberté. Des deux sens du mot « justifier », démontrer que quelque chose est vrai, en apportant des preuves, ou s'efforcer de faire reconnaître que quelque chose est juste, c'est-à-dire équitable et légitime, c'est le second qui prévaut.

Le champ de la bioéthique offre la meilleure illustration de la nécessité et en même temps de la difficulté de dégager un consensus. Les progrès des techniques biomédicales aboutissent à poser des questions dont la réponse ne dépend plus des seuls médecins, car elles mettent en jeu, au-delà de la relation médecin-malade, des choix de société, des choix entre des valeurs. Il n'est donc pas surprenant qu'elle soit devenue le lieu par excellence des « comités d'éthique », des « commissions de sages », qui visent à organiser la confrontation entre les points de vue des différentes composantes du corps social, à permettre le dialogue entre médecins et scientifiques d'un côté, théologiens, philosophes et juristes de l'autre, à offrir à toutes les familles philosophiques ou religieuses la possibilité de participer à la formation du consensus.

Cette méthode de formation du consensus par l'échange d'arguments et la confrontation entre des logiques adverses concrétisent la fin de la monopolisation d'une vérité morale par des autorités traditionnelles, notamment religieuses. Mais la démocratisation apparente du processus peut entraîner un autre type d'accaparement de la décision : en effet, alors que la morale était censée être universellement partagée et directement accessible aux profanes, c'est désormais à des « professionnels de l'éthique » que l'on confie le soin de déterminer les nouvelles normes éthiques, avant qu'elles ne soient entérinées, il est vrai, par le législateur.

Dans nos sociétés laïques et démocratiques, la légitimité des normes ne peut découler que de l'assentiment des hommes ; mais l'âge démocratique est aussi celui du pluralisme – des convictions, des croyances, des valeurs –, qui met hors de portée un accord sur la solution des problèmes métaphysiques et moraux fondamentaux : le commencement de la vie, le statut de l'embryon… On se borne donc à rechercher « des compromis opérationnels », à dégager « un consensus provisoire quant à l'acceptabilité, pour une majorité relative de citoyens, de certaines règles de conduite » (Pierre-André Taguieff), débouchant sur des équilibres nécessairement précaires.

Des équilibres précaires

Chaque fois que sont en cause des valeurs, chaque fois qu'on justifie une restriction à la liberté non plus par des impératifs matériels, concrets, immédiatement perceptibles, mais par des impératifs immatériels, la

mise en balance des exigences contradictoires s'avère particulièrement délicate à effectuer.

On le voit bien lorsque est en cause la liberté de conscience. L'affaire dite « du foulard », en France, a montré à quel point posait problème la conciliation entre les exigences de la liberté religieuse et d'autres principes considérés comme aussi fondamentaux dans une société laïque et démocratique, à quel point également la notion de « dignité » était d'un maniement délicat. On rencontre la même difficulté lorsqu'il s'agit de décider jusqu'où il convient de protéger le droit de chacun au respect de ses croyances, le cas échéant au détriment de la liberté d'expression, comme le montre l'arrêt très contesté « Otto-Preminger-Institut c. Autriche » (1994), dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la saisie et la confiscation d'un film susceptible d'être perçu comme une attaque injurieuse contre la religion catholique – religion de l'immense majorité des Tyroliens –, n'avaient pas porté une atteinte excessive à la liberté d'expression.

Mais c'est encore dans le domaine de la bioéthique que l'on constate la difficulté la plus évidente à trouver un « juste » équilibre entre des exigences opposées. Les progrès des techniques biomédicales permettent d'allonger la vie et d'en améliorer la qualité en soignant des maladies jusque-là incurables ou en greffant des organes vitaux, ou encore de surmonter la stérilité en offrant de nouvelles possibilités de procréer : en somme, ces techniques élargissent le champ des possibles et donc, très concrètement, celui de la liberté. Proposer d'encadrer le recours qui y est fait, c'est donc bien mettre des bornes à la liberté, au nom d'autres valeurs.

Il y a d'un côté ceux qui, s'opposant à toute modification de l'ordre « naturel » des choses, préconisent l'interdiction de tout recours aux procréations médicalement assistées, de toute forme d'utilisation du corps humain, de toute modification du patrimoine génétique ; de l'autre, ceux qui érigent en valeurs primordiales, à l'encontre de tout interdit moral, la liberté de choix individuel et la liberté de la recherche (procréation, choix du sexe de l'enfant à naître, manipulations génétiques, expérimentation…), estimant que toute innovation est acceptable dès lors qu'elle est librement acceptée par ceux qui y ont recours. Entre ces deux positions extrêmes, on peut s'efforcer de rechercher une voie moyenne qui ne sacrifie ni n'absolutise la liberté. Dans cette perspective, on admettra qu'il est légitime de poser certaines limites à une utilisation non contrôlée des techniques biomédicales, parce que la liberté immédiate de chacun ne doit pas s'exercer sans considération des droits d'autrui – l'enfant à naître – ni au prix d'une aliénation future

accrue ou d'une déshumanisation de la société. Autrement dit, en face de la liberté individuelle et du principe de la libre disposition de soi, en face de l'amélioration du bien-être et de la prolongation de la vie à tout prix, il y a la responsabilité envers les générations futures et une certaine conception de la dignité humaine qui s'oppose à l'instrumentalisation de la personne et de son corps, fût-ce avec son consentement.

A partir de ces prémisses approximatives – approximatives à la fois parce que des concepts comme ceux de « dignité » ou d'« humanité » restent des concepts flous et parce qu'on n'a qu'une connaissance incertaine des bienfaits à attendre et des risques à redouter du progrès technique –, on s'efforce de dégager des normes « équilibrées », mais forcément contestables et provisoires. La liberté de recourir aux procréations médicalement assistées, la liberté du don d'ovule ou de sperme
28 ou du don d'embryon doivent-elles être entières, au nom du droit à l'enfant et du principe de la libre disposition de soi, ou faut-il les encadrer parce qu'elles risquent de remettre en cause les fondements de la filiation et, dans le cas du clonage reproductif, l'indétermination génétique ? Est-on libre de porter l'enfant d'une autre, ou pour une autre ? A partir de quel degré d'« anormalité » du fœtus constatée par un diagnostic prénatal est-il légitime de demander un avortement ? Peut-on se contenter du consentement « libre et éclairé » de la personne qui s'y prête pour procéder à des expérimentations ou des prélèvements d'organes ? La liberté de mettre fin à ses jours conduit-elle à admettre la possibilité pour les médecins de pratiquer l'euthanasie ? La liste des questions s'allonge au fur et à mesure des découvertes scientifiques et du perfectionnement des techniques – comme peut changer le sens des réponses qu'on décide d'y apporter.

Mais il faut apporter ces réponses, même provisoires, même approximatives, comme ont tenté de le faire les lois dites de bioéthique de 1994, dont le contenu reflète bien la difficile quête d'un équilibre forcément instable et par essence contestable : elles n'ont ouvert le recours aux procréations médicalement assistées qu'au couple stérile, hétérosexuel, en âge de procréer ; elles ont permis la conception *in vitro* d'embryons, mais uniquement pour répondre à la demande parentale d'un couple ; elles ont autorisé des « études » sur l'embryon, mais non des recherches susceptibles de porter atteinte à son intégrité ; elles ont permis le diagnostic prénatal, mais seulement en vue de « détecter une affection d'une particulière gravité ». Dans le domaine de la génétique, un consensus semble s'opérer sur l'idée que les thérapies géniques peuvent porter sur les cellules somatiques, mais pas sur les cellules germi-

nales, ou encore que le clonage humain à visée reproductive devrait être strictement interdit, mais non le clonage portant sur des cellules ou tissus humains, etc.

A ceux qui contestent l'intervention du législateur dans des domaines qui touchent à la sphère la plus intime de l'individu, il est aisé de répondre qu'on ne peut à la fois se tourner vers la médecine et la science – donc vers la collectivité – pour réclamer de nouveaux droits sur son propre corps et refuser à cette même collectivité la possibilité d'encadrer l'exercice de cette liberté, comme de toute autre, afin de le concilier avec le respect de certaines valeurs. Ce qui n'empêche pas de discuter du bien-fondé des équilibres sur lesquels on s'est provisoirement mis d'accord et de chercher à les faire évoluer.

Dans un plaidoyer célèbre en faveur de la liberté, John Stuart Mill écrivait : « Le seul objet qui autorise les hommes, individuellement ou collectivement, à troubler la liberté d'action d'aucun de leurs semblables est la protection de soi-même […]. Un homme ne peut pas être obligé d'agir ou de s'abstenir parce que ce serait meilleur pour lui, parce que cela le rendrait plus heureux ou parce que, dans l'opinion des autres, ce serait sage ou même juste[7]. »

Cette conception absolutiste de la liberté, nos sociétés démocratiques ne l'ont jamais faite leur et elles en semblent plus éloignées que jamais. Il ne faut ni s'en indigner ni en déduire que ces démocraties ne méritent pas d'être appelées « libérales ». D'abord le paradigme utilitariste sur lequel repose cette conception – c'est en cherchant son propre bonheur que chacun contribue le mieux au bonheur de tous – est un peu court pour assurer l'harmonie sociale et garantir les droits de tous. Ensuite – mais les deux choses sont liées – la densité des règles qui enserrent l'activité des individus dans tous les domaines ne fait à beaucoup d'égards qu'exprimer les contraintes du « vivre ensemble » et refléter la complexité des mécanismes de solidarité à l'œuvre dans l'État-providence, même en « crise ». Nous renonçons à une part de liberté contre une part de sécurité : la sécurité physique, mais aussi cette autre forme de sécurité qu'est la protection contre les aléas de l'existence et la libération du besoin. Au-delà de la sécurité, au-delà de la solidarité,

7. John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859 ; trad. fr., *De la liberté*, Paris, Presses-Pocket, 1990.

il y a aussi la nécessité ressentie de préserver les fondements immatériels du lien social et l'interdiction qui en découle de transgresser certaines valeurs : c'est sans doute ici, on l'a montré, que les bornes sont le plus délicates à tracer.

Le problème réside plutôt dans la fragilité même de cette idée d'équilibre dont on s'est attaché à montrer qu'elle était au cœur du paradigme libéral, mais qui n'oppose jamais qu'une digue de papier aux menaces qui pèsent sur les libertés. Car il ne suffit pas de dire ce que l'on met dans chacun des plateaux de la balance : il faut encore décider, par une évaluation forcément arbitraire, du poids respectif de ce qu'on y a mis. Autrement dit, ce n'est pas le respect formel du paradigme libéral qui peut prémunir contre un grignotage sournois des libertés, mais seulement la volonté des gouvernants, des juges, et en définitive la vigilance des citoyens eux-mêmes.

RÉSUMÉ

La question de la justification est au cœur de toute réflexion sur les bornes de la liberté. Au nom de quoi *peut-on valablement restreindre la liberté dans une société qui place précisément la liberté en tête de ses valeurs ? Le surgissement de l'impératif éthique fait désormais apparaître en pleine lumière la question jusque-là sous-jacente de valeurs qui fondent les choix. Il faut aussi déterminer la* juste mesure *des contraintes qu'il est légitime d'imposer aux individus : l'idée d'équilibre, consubstantielle à la pensée libérale, retrouve elle aussi une vigueur nouvelle avec la reformulation de problèmes en termes d'éthique, rendant plus délicate encore la recherche de cet équilibre entre des exigences contradictoires.*

BERTRAND GUILLARME

L'INDIVIDU ET LE GROUPE

EN MATIÈRE DE LIBERTÉ POLITIQUE, il existe une manière simple et élégante d'opérer une synthèse parfaite entre la perspective de l'individu et celle du groupe. Elle repose sur l'adoption d'une vision positive de la liberté, au sens qu'Isaiah Berlin a donné à cette notion dans un essai désormais classique[1]. Une manière de décrire le contraste entre liberté négative et liberté positive consiste à remarquer que les deux concepts constituent des réponses à des questions logiquement distinctes : « Dans quelle mesure les autres personnes interfèrent-elles avec mes choix ? » pour le premier ; « Suis-je celui qui me gouverne ? » dans le cas du second. La confusion des optiques individuelle et collective dans la logique de la liberté positive résulte d'un genre de raisonnement dont l'histoire de la pensée politique a fourni, d'après Berlin, de très nombreuses illustrations. Les partisans de la liberté positive commencent en général leur argumentation par l'image, à la fois attrayante et inoffensive, de la maîtrise de soi : nul n'est libre s'il n'est pas son propre maître. L'étape suivante consiste à passer de l'idée selon laquelle la domination par d'autres hommes est la seule entrave à la liberté à celle, beaucoup plus ambitieuse, qui inclut la dépendance envers la nature dans les obstacles à l'émancipation. C'est à ce moment que se profile une distinction entre deux aspects de la nature humaine : l'homme possède une nature « supérieure », toujours associée à la raison, qui lui permet d'accéder à la valeur, et une nature « inférieure » gouvernée par les passions et les désirs incontrôlés. Berlin remarque

1. I. Berlin, « Two Concepts of Liberty », *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969 ; trad. fr., *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988.

qu'un nouveau glissement dans l'argumentation permet en général d'établir que la réalisation de la valeur est une entreprise nécessairement collective, celle d'une nation ou d'une autre entité (comme l'État, la classe ou l'ethnie), dont les individus ne sont que des parties.

Dans cette optique, il y a donc une relation très étroite, de l'ordre de l'*identification*, entre l'autonomie de l'individu et sa participation au groupe. On trouve par exemple chez Rousseau des formules saisissantes, comme l'idée que l'obéissance à la volonté générale *est* la liberté puisque « l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté ». Il n'est pas rare, selon Berlin, que la recherche de la liberté positive conduise à menacer la liberté négative des individus, puisque le groupe « est alors identifié comme le véritable
32 sujet qui, en imposant sa volonté collective ou "organique" à ses "membres" récalcitrants, réalise sa propre liberté "supérieure", et par là même la leur ». Il note d'ailleurs que c'est la logique même de la liberté positive qui produit ces conséquences, puisque la philosophie morale de Kant, malgré son universalisme professé, a elle-même constitué une des sources puissantes du nationalisme, dès lors que son insistance sur la valeur de l'autonomie « a été magnifiée et pervertie en une doctrine de l'histoire presque personnifiée et considérée comme le vecteur de la volonté collective, volonté d'expansion, de pouvoir, de splendeur ; d'où une vision moitié biologique moitié esthétique, au centre de laquelle se trouve […] la nation […] considérée comme une sorte d'œuvre d'art créatrice[2] ».

Les relations entre l'individu et le groupe ne sont donc *problématiques* qu'à l'intérieur d'un cadre intellectuel dans lequel la liberté politique est pensée comme essentiellement négative. Il est d'ailleurs significatif que les partisans de la liberté positive rejettent jusqu'au terme d'« individu », trop marqué selon eux par la perspective de la non-interférence propre à la tradition concurrente[3]. Mais, dès lors que l'optique de la liberté négative est adoptée, les relations entre l'individu et le groupe deviennent complexes : on s'emploiera ici à tenter de clarifier certains des principaux enjeux qu'elles soulèvent.

---

2. *Id.*, « Kant as an Unfamiliar Source of Nationalism », *The Sense of Reality*, Londres, Chatto and Windus, 1996.

3. A. Renaut, *L'Ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.

La Liberté du Groupe contre la Liberté de l'Individu ?

L'individu et le groupe sont l'un comme l'autre susceptibles d'être décrits comme des entités politiquement libres. Comment, dès lors, analyser les rapports entre les libertés qui se trouvent en présence ? Il pourrait sembler au premier abord que l'indépendance fonctionne toujours sur le modèle d'un jeu à somme nulle : accorder à une collectivité une garantie d'indépendance conduit à une privation de liberté pour les individus qui la constituent ; de la même manière, poser des limites à la liberté du groupe ne peut qu'augmenter pour chaque individu l'espace au sein duquel son activité est protégée de l'interférence d'autrui. Il est nécessaire tout à la fois d'expliciter et de nuancer cette description, dans la mesure où la référence à la liberté collective peut renvoyer à des types d'argumentation très différents.

La revendication d'indépendance collective est souvent *potentiellement* menaçante pour la liberté négative des individus. Dans l'ordre positif, le principe de souveraineté des États sur leur territoire, affirmé par la charte des Nations unies, est toujours invoqué par les gouvernements lorsque la communauté internationale cherche à réagir aux violations graves des droits de l'homme. Dans la pensée politique contemporaine, l'argument de l'indépendance des communautés politiques va de pair avec une position antiphilosophique : les droits, notamment les protections garantissant la liberté négative des individus, ne peuvent être justifiés par une thèse philosophique sur la nature de la justice potentiellement universelle. Toute garantie éventuelle accordée aux individus procède, comme l'ensemble des normes morales, de « compréhensions partagées » (*shared understandings*) au sein d'une société.

Michael Walzer est l'un des tenants les plus fermes de cette position antiphilosophique, qu'il justifie de plusieurs manières. Son premier argument consiste à insister sur la contradiction entre la démarche philosophique et la politique démocratique : le philosophe cherche à donner à ses conclusions le statut de vérités, supérieures aux simples opinions des autres membres de la communauté politique. Sans qu'il soit possible ici de le montrer de manière adéquate, on peut signaler que cet argument antiphilosophique n'est valable qu'à condition d'accepter une vision de la démocratie essentiellement définie par le fonctionnement des procédures majoritaires ; il perd en revanche l'essentiel de sa force

dès qu'est abandonnée la conception purement procédurale de l'idéal démocratique[4]. Mais Walzer avance également un autre argument : l'évaluation des pratiques sociales au moyen d'une thèse philosophique déforme inévitablement les raisons morales des personnes[5]. Quant à la distinction entre la justice comme « moralité minimale » et les autres pratiques sociales, elle n'aurait de signification que « de l'extérieur », car il serait impossible de séparer les principes qui régissent ce domaine particulier de l'ensemble des normes morales lorsqu'on se place « de l'intérieur des sociétés » : de ce point de vue, « la moralité maximale constitue le fondement des normes minimales[6] ». On voit que le rejet de l'argumentation philosophique est associé à un contraste très rigide entre le « dedans » et le « dehors » des communautés et à l'association de la philosophie avec le point de vue externe. Or ce contraste repose

lui-même sur une hypothèse implicite d'unanimité morale qui n'est jamais réalisée dans les sociétés réelles. D'ailleurs, la critique fondée sur la justice n'est pas seulement l'œuvre d'étrangers peu respectueux des différences entre les peuples ; elle est aussi pratiquée par ceux dont les intérêts ou les revendications sont ignorées par les pratiques sociales établies. Leurs objections ne portent pas sur l'interprétation des « compréhensions partagées » de leur société, mais sur le fait que les pratiques sociales existantes sont contraires à la justice, parfois qu'elles violent les droits fondamentaux. La position antiphilosophique de Walzer qui sous-tend sa défense de l'indépendance des communautés politiques est donc fragile. En dernière instance, et dans le cas des deux arguments qu'il présente, cette faiblesse est due au fait que la liberté collective constitue une menace potentielle contre la liberté des individus, qui n'est efficacement garantie que par l'attribution de droits, et au fait que les lecteurs de Walzer – comme nombre de leurs contemporains – attachent à leur propre liberté une importance primordiale.

Il serait pourtant hâtif d'en conclure que la liberté négative des individus et celle du groupe qu'ils constituent connaissent toujours des relations antagonistes. Une situation intéressante est analysée par un

4. B. Guillarme, « Rawls et le libéralisme politique », *Revue française de science politique*, vol. 46, nº 2, 1996.

5. M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983, p. 314 (trad. fr., *Sphères de justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1997).

6. *Id.*, *Thick and Thin : Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994, chap. 1-3.

important article du théoricien britannique G.A. Cohen, dans lequel celui-ci examine, au sein d'un cadre de pensée qu'il veut marxiste, la privation de liberté négative subie par la *classe* des prolétaires dans un régime capitaliste[7]. L'essentiel de son argumentation repose sur l'idée que les membres du prolétariat sont considérés comme libres parce qu'ils peuvent quitter s'ils le veulent leur groupe d'origine, mais qu'ils ne sont pas libres, *en tant que classe*, de changer de situation sociale. Sous l'empire des institutions capitalistes, si l'ascension sociale est possible pour quelques prolétaires, elle est en revanche exclue pour leur groupe, puisque le système est fondé sur l'existence d'une « force de travail salariée substantielle, qui ne pourrait exister si plus de quelques ouvriers connaissaient une ascension sociale ». Il est clair ici que la privation de liberté négative subie par le groupe n'a pas pour corollaire l'émancipation des individus qui en sont les membres. On peut d'ailleurs assez aisément distinguer les raisons de la dissymétrie entre les deux cas de figure envisagés, en s'interrogeant sur la logique implicite de l'argumentation de Cohen. Si, dans le régime capitaliste, la classe des prolétaires est privée de liberté, c'est, au bout du compte, du fait de l'*injustice* de ce système social dans lequel l'inégalité la plus fondamentale – le monopole capitaliste de la propriété des moyens de production – ne peut pas être justifiée moralement. On se trouve donc en présence d'un raisonnement dont l'effet est de montrer comment la liberté collective est niée du fait de l'injustice et, du même coup, comment l'émancipation ne peut que résulter de l'avènement d'une société juste. La logique est inverse de celle proposée par Walzer : alors que pour ce dernier la liberté collective était associée à une position antiphilosophique (d'où son caractère potentiellement menaçant pour les droits des individus), la perspective de l'émancipation du groupe est sous-tendue, chez Cohen, par une thèse formulée en termes de justice et d'injustice (d'où sa congruence avec la liberté individuelle). Lorsqu'on considère les relations entre la liberté négative de l'individu et celle du groupe, il s'agit donc de se garder de la vision rapide du jeu à somme nulle, car les deux libertés peuvent parfaitement se consolider entre elles plutôt que se menacer : tout dépend de l'argumentation produite à l'appui de la revendication de liberté collective.

7. G.A. Cohen, « Capitalism, Freedom and the Proletariat », dans A. Ryan, éd., *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

La Dimension Sociale de la Liberté Individuelle

Si l'on concentre son attention sur la manière dont un individu exerce sa liberté, et même lorsque celle-ci est conçue de manière parfaitement négative, on ne peut qu'être frappé par l'importance centrale du contexte social dans lequel cet individu évolue. Ce point a été mis en évidence par certaines discussions récentes, qui ont notamment permis de confronter les thèses libérales à des critiques formulées par des auteurs qui se sont parfois intitulés communautariens.

Un premier débat a porté sur le caractère défendable de la vision de

la liberté individuelle mise en avant par les libéraux. Un thème important du premier livre de Michael Sandel consiste ainsi à critiquer la vision d'un moi désocialisé, auquel les libéraux seraient nécessairement attachés du fait de leur conception de la liberté comme indépendance[8]. Ces derniers seraient obligés de concevoir le moi d'une manière existentialiste, qui mettrait l'accent sur le détachement de celui-ci vis-à-vis de toutes les communautés concrètes et des traditions qu'elles véhiculent. Sandel insiste sur la fragilité de cette vision atomiste du raisonnement pratique : le moi est nécessairement « encombré » (*embedded*), puisqu'il n'est pas possible de se distancer radicalement des pratiques sociales dans lesquelles nous sommes engagés. Cette critique force à préciser la conception de l'indépendance personnelle propre à de nombreux libéraux. Cette dernière n'implique pas qu'un individu, pour être véritablement libre, doive *construire* de toutes pièces une conception du bien au moyen de son seul jugement individuel. L'indépendance suppose seulement qu'il peut exercer ses capacités intellectuelles et morales de manière à juger, après réflexion, qu'un projet de vie est assez satisfaisant pour qu'il le fasse sien. Mais il peut légitimement considérer les conceptions déjà plus ou moins complètement élaborées qui sont disponibles. Ces conceptions sont innombrables et il peut les puiser à des sources très variées : dans la culture de sa propre société, dans celle d'une autre civilisation, ou encore dans la littérature. Ainsi John Stuart Mill critique-t-il explicitement Bentham et son père pour avoir ignoré

8. M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

que « le cours des actions [des individus] est largement influencé […] par les sentiments habituels, les types de pensée et de pratique qui prédominent au sein de la communauté dont ils sont membres[9] ». Quant à Rawls, qui est la cible privilégiée de Sandel, il précise de la même manière que « la conception que nous affirmons ne nous est pas nécessairement spécifique, et n'est pas une conception que nous aurions, pour ainsi dire, élaborée pour nous-mêmes. Il nous est possible, au contraire, d'affirmer une tradition religieuse, philosophique ou morale au sein de laquelle nous avons grandi et avons été éduqués, et que nous considérons, à l'âge de raison, comme le centre de nos attachements et engagements[10] ». Il existe donc un large accord, entre la plupart des libéraux et leurs critiques, autour du rejet d'une vision atomiste du raisonnement pratique : la liberté individuelle, et la délibération qu'elle rend nécessaire pour chacun, possèdent une dimension sociale.

Un autre point de débat concerne, non plus la conception de la liberté elle-même, mais les conditions de son exercice. Tous les libéraux affirment que la liberté individuelle ne peut être atteinte que dans un contexte social caractérisé par la justice : c'est même l'objet de leurs théories que de préciser le contenu de cet idéal. De ce point de vue, les différences entre les approches de Rawls et de Nozick, par exemple, doivent apparaître comme des querelles de famille. On perd de vue l'essentiel de leur enjeu si l'on cherche à les décrire comme le résultat d'une dissension entre une conception égalitaire et une doctrine de la liberté. Leur deux approches, différentes dans les réponses qu'elles apportent, sont guidées par une même question : « Quelles sont les conditions sociales dans lesquelles la liberté des individus peut être réalisée de manière satisfaisante ? » Les libéraux n'affirment donc pas que la liberté peut être atteinte hors de la société, puisqu'ils insistent au contraire sur l'importance des circonstances justes. Mais certains de leurs critiques estiment que leur insistance sur la justice les conduit à négliger qu'un contexte social favorable à l'autonomie doit être conforté par une politique du *bien commun*[11]. En particulier, une liberté véritable suppose qu'un choix soit offert aux individus entre une pluralité d'options, d'où

9. J.S. Mill, *A System of Logic*, in *Complete Works*, Londres, Routledge, 1963, vol. VII-VIII.

10. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 ; trad. fr., *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

11. C. Taylor, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambrige University Press, 1985.

la nécessité d'encourager une *culture* riche et diversifiée. Ici le désaccord entre les libéraux et leurs critiques renvoie à une différence de diagnostic d'ordre sociologique sur le fonctionnement des sociétés libérales. Les premiers estiment que la pluralité des projets est une conséquence normale de la liberté, et que l'existence même d'une société juste garantit à chacun de disposer des moyens nécessaires pour réaliser ses objectifs : la justice libérale crée les conditions d'une culture diverse, même si elle ne prétend pas à la neutralité (les projets qui entrent en contradiction avec les idéaux libéraux, s'ils ne sont pas formellement exclus, sont fortement découragés). L'inquiétude du camp adverse repose sur la prévision selon laquelle le fonctionnement du « marché culturel », abandonné à lui-même, finira par conduire à une uniformisation des pratiques et des projets. Il semble qu'une partie des divergences entre

les deux positions provienne du fait que les libéraux raisonnent sur la base de l'idéal d'une structure sociale parfaitement juste, alors que leurs critiques se fondent souvent sur l'observation de la dynamique des sociétés existantes. Une autre partie du désaccord renvoie à une différence philosophique fondamentale : selon Taylor, il existe une diversité de biens irréductiblement sociaux et l'erreur des libéraux consiste à concentrer leur attention sur la justice de manière exclusive. Dans le pluralisme moral de Taylor, où l'on reconnaît l'influence intellectuelle d'Isaiah Berlin, la culture est un bien au même titre que la justice.

Il faudrait aussi faire une place à une autre condition sociale de la liberté individuelle que certains jugent sous-estimée dans la tradition libérale, trop préoccupée par les arrangements institutionnels au détriment des qualités morales et politiques des citoyens qui les peuplent. Quentin Skinner défend ainsi une version « républicaine » de la liberté négative, en soulignant que sa garantie implique une participation active des citoyens dans la vie publique. L'engagement public n'est pas ici une *dimension* de la liberté, comme chez les partisans de la liberté positive, mais le meilleur *instrument* de la garantie des droits. Comme historien des idées, Skinner a d'ailleurs beaucoup contribué à souligner la dimension libérale d'un penseur comme Machiavel, qui conçoit, selon lui, la liberté comme l'absence d'obstacle à la réalisation des fins humaines, dans la tradition républicaine de la liberté négative[12].

12. Q. Skinner, « The Idea of Negative Liberty : Philosophical and Historical Perspectives », dans Q. Skinner *et al.*, éd., *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

Liberté et Bien Commun : Stratégies Républicaines

Un régime peut aussi s'intituler républicain dans un autre sens : non parce qu'il cherche à défendre les droits-libertés de ses citoyens en encourageant leur participation active à la vie publique, mais parce qu'il fait prévaloir une vision du bien commun sur les intérêts particuliers des individus et des groupes qui composent la société. En ce sens, il peut exister une tension entre la liberté négative et les objectifs d'une République.

Un contraste intéressant concerne les stratégies dont les pères fondateurs des républiques, de part et d'autre de l'Atlantique, suggèrent de faire usage. En France, la synthèse entre intérêt général et liberté de l'individu repose souvent sur la conception du citoyen autonome : celui-ci est émancipé, par l'attribution de droits, des communautés organiques ou quasi organiques qui caractérisaient l'Ancien Régime ; de son côté, la République ignore les groupes pour ne considérer que les individus politiques, c'est-à-dire qu'elle se fixe comme principe de « faire comme si » les identités collectives n'existaient pas. La solution américaine classique, dont les numéros 10 et 51 du *Fédéraliste* donnent les principes, est très différente. Le problème est explicitement posé par Madison : on pourrait préserver l'intérêt public en décourageant le développement des factions, mais ce ne serait possible qu'à condition de porter atteinte à la liberté, ce qui rendrait « le remède pire que le mal qu'il était censé combattre ». Sa solution consiste à contrôler les factions en favorisant leur développement, de manière à ce que les différents groupes s'équilibrent entre eux et soient forcés de coopérer pour promouvoir le bien commun et la justice. Plus la société politique est étendue, plus ce projet a de chances d'aboutir, puisque plus la pluralité des intérêts et des projets est grande et plus il devient difficile de construire une majorité cohérente susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle et au bien commun. Si l'on compare les deux stratégies républicaines, on ne peut qu'être frappé par le caractère abstrait de la conception française face à une vision informée des réalités sociologiques concrètes : la formation de groupes est inévitable dans un contexte social libéral. Ce contraste est explicable de multiples manières, et l'héritage de la souveraineté monarchique n'est certainement pas à négliger lorsqu'on s'interroge sur les formes de la citoyenneté en France.

On peut quand même remarquer que la position dont le principe consiste à ignorer l'existence des groupes – alors que leur développement est inévitable – peut facilement se transformer en une idéologie de l'intérêt général, dont la principale fonction est de masquer le fait que l'État républicain sert les intérêts des groupes dominants.

Peut-on prolonger le contraste entre les expériences nationales, en insistant sur les effets néfastes de la reconnaissance accordée aux groupes aux États-Unis ? Certains mettent ainsi aujourd'hui l'accent sur le divorce entre la république universaliste et la démocratie communautaire, en soulignant les dangers de la stratégie américaine lorsque est prise en compte la dynamique de l'égalisation des conditions distinguée par Tocqueville. Ainsi François Furet écrit-il que « le détour par les cultures n'est qu'un habillage nouveau de l'individualisme égalitaire de la démocratie moderne : l'objectif est d'obtenir les conditions d'une vraie égalité des individus devant les carrières que leur offre la société, en les délivrant des handicaps que font peser sur eux leurs "cultures". On retrouve l'égalitarisme hédoniste de la démocratie avec une panoplie enrichie puisque la marche à l'égalité ne passe plus par la seule promotion méritocratique des individus tels que la société les fait naître, mais par des techniques de rattrapage collectif[13] ». Selon ceux qui reprennent cette argumentation, la reconnaissance des collectivités (propre à la tradition américaine) conjointe à la dynamique démocratique (que les États-Unis connaissent dans une version plus radicale qu'ailleurs, du fait de l'absence de tradition aristocratique et de la place de l'institution judiciaire dans le système politique) produit deux effets dangereux : la limitation des libertés des individus au nom de l'égalité, et la balkanisation de la société.

Sur le premier point, les néotocquevilliens semblent reprendre à leur compte une vision naturaliste des droits et des libertés, puisqu'ils ne produisent généralement pas de justification des protections qu'ils estiment fondamentales. Dans la plupart des versions du libéralisme démocratique, « la liberté » et « l'égalité » sont réalisées de manière conjointe par la justice, et les protections de base sont celles qui sont justifiées en référence à cet idéal. En toute hypothèse, il ne suffit pas que la liberté d'action de certains soit restreinte pour que l'on puisse en conclure à une quelconque menace pour l'ordre libéral.

13. F. Furet, « L'utopie démocratique à l'américaine », *Le Débat*, n° 69, Paris, Gallimard, 1992.

Sur le second point, il faut souligner une ambiguïté importante dans la rhétorique néotocquevilienne qui oppose « universalisme » et « communautarisme ». Ce discours présente le désaccord entre « républicains » et « démocrates » comme une opposition entre les idéaux sociaux qu'ils proposent : d'un côté une union sociale solide (propre à réaliser le bien commun), de l'autre une fédération plus ou moins lâche de communautés particularistes. Mais les démocrates soucieux de justice ont eux aussi comme idéal l'union sociale, tout en jugeant qu'il s'agit d'une formule vide de sens tant que l'injustice persiste, au moins dans ses formes les plus graves. Dans ce cadre de pensée, la pertinence de la référence aux groupes n'est pas fondée sur un argument purement normatif, mais sur le fait qu'elle s'avère pratiquement nécessaire pour progresser vers l'union sociale : aucune stratégie ne peut ignorer le fait que certains individus, du fait de leur appartenance à un groupe, ont subi (et continuent souvent à subir) de multiples discriminations. C'est souvent l'injustice qui crée les identifications collectives, et qui veut réaliser l'union sociale doit aussi résoudre un problème, non philosophique, mais éminemment pratique : est-il préférable de prendre en compte ces identifications ou de ne rien faire ?

A cet égard, il est remarquable que la justification classique du traitement préférentiel aux États-Unis soit très clairement « universaliste », puisqu'elle insiste sur l'objectif d'une société aveugle aux différences de race (*color-blind society*). Cette justification prospective, à l'opposé de l'argument rétrospectif qui met l'accent sur la réparation que la société doit à un groupe en raison des injustices qu'il a subies, est fondée sur le but de la réalisation d'une société juste. C'est très clairement le raisonnement qui sous-tendait l'opinion très nette du juge Thurgood Marshall dans le rapport qu'il rédigea pour la célèbre décision de la Cour suprême « Regents of California v. Bakke » de 1978 : « C'est du fait de la longue tradition de traitement inégal que nous devons permettre aux institutions de cette société de prendre en considération la race pour prendre des décisions sur qui occupera les positions d'influence, d'affluence et de prestige en Amérique. Depuis trop longtemps, l'accès à ces positions a été fermé aux Noirs. Si nous devons un jour devenir une société pleinement intégrée, une société dans laquelle la couleur de peau d'une personne ne détermine pas les chances qui lui sont offertes, nous devons avoir la volonté d'agir pour ouvrir cet accès. » Plutôt que de recourir à des arguments puisés dans le registre de la représentation politique, c'est à cette logique de la justice que les partisans de la parité

pourraient se référer en France. Les dangers de la vision de la représentation politique comme un miroir de la société ne sont pas effacés par l'argument selon lequel, « l'humanité étant universellement sexuée », les femmes ne constitueraient pas véritablement un groupe. Certes, si l'on abandonne cette vision de la représentation, l'absence des femmes des sphères de décision politique n'est plus un problème de représentation politique : comme les autres citoyens, elles sont représentées par leurs élus responsables. Mais cette absence constitue encore un problème de justice : elle est le signe que les femmes se sont vu refuser ce que John Rawls nomme la « valeur équitable des libertés politiques », condition qui exige que la valeur des ces libertés pour chaque citoyen soit suffisamment égale au sens où « chacun doit avoir une chance équitable d'occuper des fonctions publiques et d'affecter le résultat des élections ». Il y a donc une argumentation paritariste en faveur de la restauration de cette « valeur équitable des libertés politiques » qui est similaire à celle qui justifie la restauration de l'égalité des chances en général et qui, appartenant au registre de la justice, ne soulève pas les difficultés que la logique de la représentation politique rend inévitables.

L'idée que toute identification collective est nécessairement associée à un idéal de fédération de communautés, à l'opposé de l'universalisme de l'union sociale, constitue un argument puissant contre la pertinence des groupes dans la vie démocratique, puisqu'ils deviennent immédiatement un facteur de dérive particulariste. Mais on ne pourrait véritablement prendre au sérieux cette présentation en termes de philosophies politiques rivales que si l'injustice avait disparu, ou si l'on décidait qu'elle doit être ignorée. Pour qui souhaite au contraire la combattre, les entités collectives doivent reprendre une place centrale dans la vie publique : comme cibles des stratégies de l'État républicain, mais aussi comme acteurs de la vie politique, si tant est que les individus victimes d'injustices possèdent, comme tout citoyen, le droit de s'organiser collectivement. Cette remise en jeu de la perspective de la justice oblige à rejeter la fausse dichotomie des idéaux sociaux antagonistes. Elle incline aussi le démocrate à se débarrasser du vocabulaire en termes de « cultures » ou de « communautés » pour décrire les groupes dont la reconnaissance est pertinente. Tant que nos sociétés sont encore marquées par la discrimination et l'injustice, ce langage ne peut qu'obscurcir les enjeux et masquer l'urgence des problèmes à résoudre.

RÉSUMÉ

Les relations entre l'individu et le groupe ne sont problématiques *qu'à l'intérieur d'un cadre intellectuel dans lequel la liberté politique est pensée comme essentiellement négative, au sens qu'Isaiah Berlin a donné à ce concept. On peut alors s'interroger sur le caractère antagoniste de la liberté de l'individu et de celle du groupe, sur la nature des conditions sociales de la liberté individuelle et sur la compatibilité entre liberté et bien commun, préoccupation qui se trouve au centre des politiques républicaines.*

MICHAEL FREEDEN

ENTRE LIBÉRALISME ET SOCIALISME

LE CONCEPT DE LIBERTÉ EST PRIS dans un piège idéologique étrange entre socialisme et libéralisme. D'un côté, la famille libérale présente différentes conceptions de la liberté, dont certaines sont d'une nature juridico-politique très étroite alors que d'autres sont extrêmement riches et complexes. D'un autre côté, le socialisme a connu des transformations radicales. Un courant socialiste a rejeté les versions « bourgeoises » de la liberté tout en embrassant l'idée d'émancipation de groupe ; un autre a adopté une forme de liberté de marché parsemée de dirigisme étatique. Mais peut-on dire que certains des usages du concept de liberté sont corrects alors que d'autres constitueraient une déformation ou une corruption du terme ? Quelle est l'interprétation la plus valide : la « liberté d'action » des libertaires, la « liberté de s'autodévelopper » du libéralisme du XIX^e^ siècle, la « libération de l'oppression de classe » marxiste, ou la « libération des inégalités économiques » socialiste ? Tout dépend du fait de savoir si nous pouvons découvrir une définition précise de la liberté qui soit intellectuellement convaincante et culturellement intéressante et qui nous permette d'éclairer les différentes utilisations du concept.

Le problème central est, bien entendu, que l'on peut trouver plus d'une définition pertinente et intéressante ; une difficulté annexe vient du fait que toutes ces définitions peuvent coexister dans le temps ou dans l'espace, dans la même culture politique. Il faut donc garder cela à l'esprit lorsqu'on entreprend d'analyser les différents cadres de référence idéologiques progressistes dans lesquels le concept de liberté s'exprime. Si « liberté » est un terme indéterminé et contestable, il faut alors abandonner la recherche d'une définition correcte. Mais si l'on rejette une telle approche essentialiste et universelle, notre compréhen-

sion peut s'en trouver améliorée. La perspective interprétative se déplace alors vers les questions suivantes : dans quelle mesure le terme « liberté » permet-il d'expliquer les différences entre les diverses positions libérales et socialistes ? Comment les libéraux et les socialistes utilisent-ils le concept de liberté pour étayer leurs systèmes d'idées plus larges ? Quels sont les choix politiques impliqués ou exclus par de tels systèmes d'idées, que ce soit de façon involontaire ou délibérée ?

Les Multiples Environnements du Concept de Liberté

C'est un truisme d'affirmer que, à de très rares exceptions près, toutes les idéologies politiques affirment l'importance de la liberté, signifiant par cela l'absence de contraintes imposées par des facteurs ou des forces déshumanisantes et tyranniques, même si le sens donné aux termes « déshumanisant » et « tyrannique » varie énormément. La question cruciale n'est donc pas : « Est-ce que votre système d'idées et de croyances politiques prise la liberté ? », car elle ne permet pas d'opérer une différenciation entre la plupart des idéologies. Il faut plutôt demander : « Quelles sont les valeurs que vous associez de façon étroite à la liberté, et qu'est-ce que son établissement vous permettra de garantir ? » La polysémie et le chevauchement de différentes idéologies reflètent les solutions structurelles variées que celles-ci apportent à la question, les différentes combinaisons d'idées et de concepts dont elles entourent la valeur de liberté. Il n'est pas nécessaire de rappeler, dans une revue française, que la tradition républicaine de ce pays associe la liberté à l'égalité et à une notion de solidarité sociale. Cette combinaison conceptuelle opérait déjà comme une contrainte pour des interprétations alternatives de la liberté, en excluant les significations du concept liées à des différences visibles de pouvoir social et à des relations atomisées entre les individus. Quand on examine le concept de liberté en relation avec le libéralisme et le socialisme, la tâche n'est pas aisée. Il ne suffit pas de se lancer dans un récit linéaire qui décrirait le remplacement d'un concept de liberté par un autre, ou ses changements évolutifs très importants, ou même son abandon pur et simple. Ce qui change n'est pas tant le concept de liberté, mais l'idéologie qui se l'approprie et dont les idées sont en constante réorganisation. Ce qui change, donc, est le caractère central ou périphérique de la liberté dans ces idéologies et, plus important encore, les valeurs annexes qui renforcent le concept de liberté et que ce concept vise, en retour, à promouvoir.

Il y a trois stratégies possibles pour déterminer la place du concept de liberté entre le socialisme et le libéralisme. La première est d'opposer la liberté prônée par le libéralisme à l'absence de liberté du socialisme. C'est là la voie choisie à l'époque de la guerre froide quand toute une série de régimes conservateurs et répressifs en Europe de l'Est se drapaient dans le manteau du socialisme et se voyaient opposer une liberté sortie tout droit des manuels capitalistes. La deuxième stratégie est d'opposer la liberté individuelle prônée par le libéralisme à l'émancipation de classe avancée par le socialisme, une voie choisie par l'aile gauche doctrinaire du socialisme au mépris de toutes les réalités idéologiques. Et la troisième, que nous adopterons dans ces pages, est de montrer qu'un socialisme pour lequel la liberté individuelle est une valeur centrale a convergé vers un libéralisme qui a lui-même changé de façon considérable au cours du siècle passé.

Dans le libéralisme classique du XIX^e siècle, comme actuellement dans les idées des libertaires et des partisans conservateurs d'un marché aussi libre que possible, on trouve la notion forte des droits et de l'autonomie des personnes dont le but est de protéger le sacro-saint statut de l'individu contre les ingérences extérieures – un thème relancé par Hayek. La liberté devient alors l'idée centrale dominante qui prend le pas sur toutes les autres, telles que le « progrès » ou la « responsabilité mutuelle ». A l'opposé, pour les théoriciens du bien public issus de la nouvelle pensée libérale du début du siècle, la liberté n'avait de sens que si elle était liée au bien-être de l'homme et, fréquemment, à la reconnaissance de l'interdépendance sociale. Elle ne perdait pas de son importance, mais elle devait partager le devant de la scène avec un ensemble de valeurs, toutes jugées d'égale importance. Comme l'écrit L.T. Hobhouse : « La liberté n'est qu'un aspect de la vie sociale. L'aide mutuelle n'est pas moins importante que la tolérance mutuelle, la théorie de l'action collective pas moins fondamentale que la théorie de la liberté personnelle[1]. » En pratique, cela signifiait que la théorie du bien public ne pouvait défendre chaque élément de cet ensemble de valeurs que jusqu'au point où il ne menaçait pas les autres[2]. Par exemple, alors que le choix individuel des modes de vie est respecté dans un État-providence, et alors que l'on n'empêche pas les gros fumeurs de rece-

1. L.T. Hobhouse, *Liberalism*, Londres, Home University Library of Modern Knowledge, 1911, p. 124.

2. Pour une discussion plus détaillée, voir M. Freeden, *Ideologies and Political Theory : A Conceptual Approach*, Oxford, Clarendon Press, 1996, chap. 5.

voir un traitement dans les hôpitaux malgré les avertissements publics contre la cigarette, d'autres choix concernant l'utilisation de la propriété individuelle sont limités au nom d'une autre valeur, la justice sociale. C'est parce que le concept de liberté est si présent dans différentes idéologies occidentales, mais selon des ordres prioritaires différents, qu'il est possible de discuter la question qui nous intéresse particulièrement ici : comment ce concept peut être utilisé comme un terme permettant de réconcilier le libéralisme et le socialisme au lieu de les séparer.

En Europe occidentale, ces tentatives de réconciliation sont courantes et demeurent un aspect central de l'héritage du centre gauche, mais différentes traditions politiques et différentes compréhensions de ces deux grandes idéologies entraînent diverses formes de réconciliation conceptuelle. Est-il surprenant, par exemple, de constater que les

cultures politiques qui ont été marquées à vif par des manifestations d'extrémisme politique réagissent face au socialisme différemment de celles pour lesquelles le communisme doctrinaire n'a représenté qu'une expérience marginale et le fascisme une menace distante ? L'Allemagne, l'Italie et même la France ont connu des expériences politiques différentes de celle de la Grande-Bretagne, et cela se manifeste, à la surface, par des approches différentes de l'idée de liberté. Les pressions en faveur de sociétés plus ouvertes, démocratiques et équitables qui se sont développées en Europe à partir de la seconde moitié du XIX^e^ siècle ont pris des formes différentes. Sur le Continent, au moins deux batailles idéologiques furent menées de front. L'une, en faveur des principes libéraux, cherchait encore à surmonter les pratiques autoritaires et centralisatrices de gouvernements intolérants ; la seconde concernait l'émancipation de la classe ouvrière, et visait une plus grande participation et démocratisation politique. Le ressentiment qui existait sur le Continent envers la bourgeoisie, et son association avec une forme de fausse liberté, était bien moins évident en Grande-Bretagne. Ce ressentiment justifié s'exprimait souvent dans un contexte politique où une approche libérale mûre ne s'était pas encore développée, et n'offrait donc aucun modèle pour certaines formes de socialisme, en particulier le marxisme et le syndicalisme. Il serait, bien sûr, erroné d'affirmer que l'idée de liberté est absente du marxisme, mais son association avec la notion d'émancipation de classe et de groupe la sépare de la pensée libérale. En effet, les marxistes se sont durement battus pour détacher l'idée de liberté du faux contexte bourgeois de la liberté de marché, dans lequel elle était, selon eux, dévoyée, et ont cherché à se l'approprier au service des valeurs du véritable socialisme, en la liant au dépassement de l'aliénation et à la

praxis du contrôle sur l'être social et sur la nature. En Grande-Bretagne, cependant, le spectre du marxisme était pratiquement inexistant, et, dès le milieu du XIX^e^ siècle, le libéralisme s'était établi comme l'idéologie dominante. Ainsi, lorsque des formes modérées de socialisme apparurent, la relation entre libéralisme et socialisme, chronologique en apparence, se caractérisa en fait par de nombreux chevauchements.

Libéralisme et Socialisme : Convergences Transnationales

Même dans les différentes cultures politiques du Continent, l'idée de liberté n'était pas un concept qui séparait les vieilles préoccupations du libéralisme des nouvelles aspirations du socialisme. En Allemagne, par exemple, le révisionnisme d'Edouard Bernstein découvrit un tempérament libéral au socialisme, symbolisé par l'appel de Bernstein à réinterpréter la liberté « non pas en un sens métaphysique, comme le croient les anarchistes – qui voudraient débarrasser l'homme de tout devoir envers la société –, mais libre de toute servitude économique dans ses mouvements et dans le choix de sa profession ». Et Bernstein continue, illustrant le thème de la continuité idéologique soulignée par les socialistes : « Une telle liberté pour tous ne peut se passer d'organisation. En ce sens, on pourrait fort bien appeler le socialisme un "libéralisme organisateur" »[3]. Le lien direct établi entre les thèmes socialistes et libéraux fournit une idéologie qui modéra les tendances étatistes et paternalistes du socialisme et qui élimina l'individualisme extrême du libéralisme. En France, le solidarisme, qui semblait à beaucoup un compromis méprisable entre le vieux libéralisme et le nouveau socialisme, était, en fait, une réponse intellectuelle soigneusement réfléchie aux limites de plus en plus évidentes d'un système volontariste d'organisation sociale risquant de mener à l'impuissance face aux tendances centralisatrices autocratiques de l'État qui, elles, menaçaient de mener à l'uniformité et la contrainte[4]. Le solidarisme, qui n'était pas lui-même un rejeton du socialisme, présentait une troisième voie, réduisant l'impact de la liberté en tant que concept dominant de la trinité révolutionnaire française. Comme l'affirme Léon Bourgeois : « La solidarité d'abord, puis l'égalité ou la justice, ce qui revient au même ; finalement,

3. E. Bernstein, *Les Présupposés du socialisme*, Paris, Éd. du Seuil, 1974, p. 183.

4. Voir A. Mitchell, *The Divided Path : The German Influence on Social Reform in France after 1870*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991.

la liberté. Tel est, selon moi, l'ordre nécessaire des trois idées dans lesquelles la Révolution résume la vérité sociale[5]. » Certes, la liberté et l'individualité avaient toujours un rôle important à jouer, mais celui-ci était désormais limité par une affinité avec un État modérément dirigiste. L'État, comme le comprit Émile Durkheim, pouvait libérer l'individu de groupes locaux particularistes qui tendaient à l'absorber. La liberté était ainsi reconceptualisée dans un contexte pluraliste où l'État et les groupes offraient une multiplicité de centres de contrôle liés entre eux[6]. La liberté ne signifiait pas simplement être libéré d'un maître, mais être sujet de plusieurs maîtres. Elle ne résidait pas dans une absence de contrôle social individualiste, mais dans l'option donnée aux individus de choisir les agents de contrôle sous lesquels se placer. Il en résulta une renaissance d'un libéralisme qui tendait à abandonner son insistance
50 passée sur les libertés et droits négatifs, mais pas toutefois au même degré qu'en Grande-Bretagne à la même époque.

Dans l'Italie du XX^e siècle, sous l'aiguillon de la menace fasciste croissante, Carlo Rosselli, l'un des plus subtils théoriciens du libéralisme social, déploya tous ses efforts pour établir l'idée de liberté comme le concept central de la pensée progressiste. Issu d'un milieu socialiste, Rosselli chercha à éliminer les influences marxistes sur ce courant et à le réconcilier avec les concepts centraux du libéralisme. A propos du marxisme, il écrit de façon significative : « Tous les mouvements socialistes européens, poussés par le démon de cette *nécessité* qu'ils ont tous contribué à mettre en lumière, ont perdu foi dans l'élan créatif des masses. Le moment est peut-être venu de mettre l'accent sur le moment de liberté, de se rappeler qu'en tout état de cause c'est le rôle des partis réformistes d'exagérer l'élément volontariste [...][7]. » Le message était le même que celui des solidaristes français, à savoir que les associations volontaires avaient une place dans les processus vivants et dynamiques de changement social et n'étaient pas nécessairement des agents de désintégration sociale. En outre, « le socialisme, compris dans son aspect essentiel, est l'actualisation progressive de l'idée de liberté et de justice parmi les hommes ». Rosselli comprenait que le véritable attrait du libéralisme

5. L. Bourgeois, *Solidarité*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 1912, p. 105 ; voir aussi J.A.S. Hayward, « The Official Social Philosophy of the French Third Republic : Léon Bourgeois and Solidarism », *International Review of Social History*, 6, 1961, p. 27.

6. S. Lukes, *Émile Durkheim*, Harmondsworth, Penguin, 1975, p. 324-325.

7. C. Rosselli, *Liberal Socialism*, éd. N. Urbinati, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1994, p. 60.

pour les socialistes pouvait être le fait qu'il « conçoit la liberté non comme un fait naturel, mais comme un devenir, un développement »[8].

On a là deux des résultats les plus complexes de la rencontre entre libéralisme et socialisme : l'affirmation que la liberté implique le choix de ses maîtres, et non le rejet de tout contrôle, et qu'elle ne fait pas référence à l'indépendance des êtres humains isolés, mais à la libération du potentiel humain. Pour être juste envers les marxistes, il faut rappeler que ce sont eux qui ont les premiers compris que le développement humain *impliquait* certaines formes de contrôle, sur soi-même, sur la nature, sur les formes d'organisation sociale. Mais cette compréhension ne s'accompagnait pas d'un véritable choix entre agents régulateurs. Au contraire, le progrès implacable de l'histoire balayait sur son chemin la plupart des institutions sociales et offrait une eschatologie laïque de rédemption des maux humains – une proposition qu'aucun être humain rationnel ne pourrait ou ne voudrait rejeter. A l'opposé, l'État, de même que les petits groupes sociaux, étaient importants à la fois pour le libéralisme avancé et pour le socialisme modéré, car ces deux variantes idéologiques sont le reflet d'une anthropologie philosophique particulière qui a commencé à être comprise à la fin du siècle dernier, comme c'est à nouveau le cas aujourd'hui après la disparition des systèmes totalitaires de masse. Une contribution centrale de cette anthropologie était de considérer la liberté non pas comme une quantité fixe que l'on pouvait garantir en élevant des barrières autour des individus, mais comme un concept évolutif plus riche, façonné dans sa confrontation avec d'autres valeurs sociales, telles que le progrès, le rationalisme, la tolérance, l'égalité, l'individualisme et même la sociabilité. Ces valeurs affectent et reflètent à la fois les compréhensions sociales de la liberté. En outre, chaque société et chaque période produisent des mélanges différents de ces valeurs très prisées. Le libéralisme n'a pas été remplacé par le socialisme ; plutôt, la flexibilité interne de chaque idéologie a permis un partage mutuel de certaines de leurs valeurs. Et cela n'a pas seulement été le fruit d'un développement sur une longue période. C'était là un potentiel morphologique endémique aux structures respectives du libéralisme et du socialisme. Ces structures permettaient à la liberté d'occuper une position centrale, tout en l'enserrant dans des théories qui considéraient l'individu et la société comme des notions complémentaires.

8. *Ibid.*, p. 78, 85.

A la fin du XIX^e siècle, le libéralisme britannique en vint rapidement à reconnaître la nature « organique » de la société et, bien que n'abandonnant pas sa croyance essentielle dans la liberté, il se tourna vers l'État comme agent impartial et bénévole de cette révolution idéologique. L'État devait promouvoir le bien-être individuel dans un cadre de responsabilité sociale et de soutien mutuel et agir de façon responsable dans un nouveau contexte démocratique. La liberté n'avait aucun sens si elle ne s'accompagnait pas de la compréhension du fait que, pour être libre, l'individu devait développer des liens sociaux et être nourri pas les biens que la société mettait à sa disposition[9]. Parallèlement, la contribution particulière du libéralisme français – avec sa sensibilité à l'importance des associations intermédiaires entre l'État et l'individu – fut de reconnaître non seulement la multiplicité des individus en tant que
52 centres de volonté et de choix, et la société comme le « groupe des groupes », mais aussi la multiplicité des groupes qui donnent un ancrage aux individus pour former leur volonté et faire leurs choix[10]. Cette anthropologie philosophique se répandit dans les différentes cultures européennes. Les nouvelles disciplines comme la sociologie et la psychologie, aspirant au statut de sciences, enseignaient que tout être humain était fermement enraciné dans des structures sociales et que son développement dépendait de façon cruciale de la contribution des autres et d'un environnement social sain. Donc, la liberté humaine ne pouvait pas être isolée d'une compréhension de ces processus. Ces nouvelles vérités furent rapidement absorbées par les idéologies progressistes, le libéralisme social et le socialisme gradualiste, qui n'étaient pas seulement attirés par ces idées d'un point de vue éthique, mais se montraient aussi avides de réconcilier leurs croyances avec les derniers développements scientifiques. La théorie libérale du bien public intégra ainsi le concept de liberté dans un double sens : à la fois comme l'exercice de choix individuels à propos du bien-être social et comme l'un des objectifs constituants de l'État-providence en train de se développer[11].

9. Voir M. Freeden, *The New Liberalism : An Ideology of Social Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

10. Voir W. Logue, *From Philosophy to Sociology : The Evolution of French Liberalism 1870-1914*, De Kalb, Ill., Northern Illinois University Press, 1983.

11. Pour une des premières expressions de cette approche, voir J.A. Hobson, *The Crisis of Liberalism*, Londres, P. S. King and Son, 1909, p. 91-95.

La Liberté et l'Héritage Intellectuel de l'Après-Guerre

Une fois sortie des années ataviques de l'entre-deux-guerres (durant lesquelles même en Angleterre la réflexion sur l'État-providence marqua le pas), l'Europe occidentale était bien armée, à la fois par la pensée libérale et socialiste, pour ancrer la liberté dans un cadre idéationnel riche, flexible et très profitable. Prenons par exemple la Loi fondamentale allemande de 1949, un exemple d'école de l'abandon planifié du totalitarisme et de la restauration de la liberté. Sous l'influence de juristes américains et britanniques et de pressions intérieures poussant à la réforme, la Constitution d'un côté établissait fermement les droits civiques – nécessité urgente étant donné leur violation désastreuse par le régime nazi –, mais les inscrivait aussitôt dans un contexte garanti par un État fédéral *social*, une nouveauté dans une constitution occidentale. La liberté était ici placée en équilibre entre le libéralisme et le socialisme dans sa version social-démocrate. En termes idéologiques, non seulement la liberté était désormais conçue comme une valeur à protéger par la loi au service du développement libre de la personnalité individuelle, mais elle était également interprétée dans un contexte de responsabilité sociale et d'action commune. En termes politiques, un compromis avait été atteint entre deux partis politiques différents, la CDU et le SPD, même s'il était bien loin des aspirations de ce dernier. Plus intéressant, peut-être, est le modèle britannique, bien que son pedigree idéologique soit loin d'être unique. On peut parler d'exceptionnalisme britannique à propos de la voie historique différente que la Grande-Bretagne a eu la chance de suivre au cours de la première moitié de ce siècle, mais il existe à l'évidence une source idéologique commune d'où ont réémergé à la fois une compréhension sophistiquée et une interprétation politique de la liberté, à partir du terrain préparé par les penseurs progressistes entre les années 1890 et les années 1930. L'expérience britannique est instructive du fait de l'adoption ouverte des principes libéraux par une structure socialiste (ou social-démocrate), le parti travailliste. Alors qu'en France la relation entre libéralisme et socialisme était vue par beaucoup comme une dichotomie, et que la tentative solidariste d'introduire une troisième voie n'eut pas l'écho rencontré par son équivalent libéral britannique, les écrits socialistes britanniques sont sous-tendus par une forte allégeance au principe de liberté, qui fait souvent partie d'un terrain plus large occupé en commun avec la pensée libérale avan-

cée. Ce terrain partagé n'a peut-être pas toujours été reconnu comme tel, mais il est pourtant clairement identifiable. Comme dans le cas de Rosselli, le parti travailliste ne s'est pas contenté de changer son message, ni de revêtir le manteau du parti libéral, son ennemi d'hier. Bien au contraire : une logique culturelle spécifique s'exprima de l'intérieur de la social-démocratie britannique et la rattacha à l'expérience intellectuelle convergente initiée par les néolibéraux.

Anthony Crosland, principal penseur de la première phase de réajustement du parti travailliste dans les années 1950, présenta la nouvelle approche dans son célèbre ouvrage *The Future of Socialism* : « La plupart des premiers socialistes n'auraient jamais pensé que le socialisme ne pouvait avoir de sens que dans un contexte politique de liberté pour l'individu[12]. » Une facette de sa critique du socialisme était ouvertement libérale, dans le sens humaniste avancé du terme : « Les décisions de la société empiètent lourdement sur la vie privée des individus ainsi que sur leur bien-être social et économique ; et maintenant, à mon avis, elles empiètent de façon trop restrictive et puritaine. J'aimerais voir s'engager une action qui, à la fois, élargisse les possibilités de loisir et de repos et réduise les restrictions imposées à la liberté individuelle. […] En particulier pour quelqu'un éduqué par les Fabians, cela signifie inévitablement une réaction contre la tradition des Webbs. […] Le temps est venu de mettre plus l'accent sur la vie privée, sur la liberté et la dissidence, sur la culture, le loisir, et même la frivolité. L'abstinence totale et un bon système de classement ne sauraient être aujourd'hui les signes caractéristiques de l'utopie socialiste[13]. » L'autre facette, en revanche, fit sortir le concept de liberté du tréfonds des principes fondamentaux du socialisme : égalité, communauté, bien-être et activité humaine. L'égalité économique devait réduire les risques attenants à toute concentration de pouvoir qui imposait des contraintes à la vie des individus, en particulier des ouvriers. L'acceptation de la responsabilité collective pour tous les membres de la société ne visait pas seulement à soulager la détresse et à offrir une vie sûre et stable aux individus – bien que ce fussent là deux valeurs importantes pour Crosland ; plutôt, la garantie de revenus croissants pour tous « accroît clairement les choix de l'individu et son éventail de possibilités culturelles[14] ». Crosland en vint lentement à

12. A.R. Crosland, *The Future of Socialism* (1957), Westport, Conn., Greenwood Press, 1963, p. 68.

13. *Ibid.*, p. 354-357.

14. *Ibid.*, p. 220.

reconnaître, avec les néolibéraux de la génération précédente, que le bien-être était enraciné dans la liberté, et qu'être libre était un élément crucial du bien-être.

Le Socialisme Contemporain et le Défi de la Liberté : le Cas Britannique

Ce dernier thème est devenu central dans les déclarations récentes des intellectuels du parti travailliste et dans les documents politiques de ce parti. Cela reflète en partie l'impact des années Thatcher. Car, si le climat thatchérien a ravagé nombre des pratiques humanistes que la Grande-Bretagne avait entretenues avec difficulté tout au long du XX^e siècle, il a créé dans la conscience collective un intérêt obsessionnel pour la liberté, et en particulier pour une de ses variantes particulières : la liberté de choix. L'utilisation conservatrice – et libérale d'antan – de l'expression montre une fois de plus combien les concepts politiques sont creux lorsqu'ils sont analysés de façon isolée, et combien il est important de les interpréter en lien avec le système d'idées dont ils font partie. Tout le monde semblait désormais être en faveur de la liberté de choix, mais le point crucial est que l'expression était utilisée, dans la pratique du discours conservateur, pour lancer une véritable bataille contre la signification du concept de liberté comme objectif politique. On pourrait arguer qu'on avait là un bon exemple du concept de liberté pris entre le socialisme et le libéralisme économique. En fait, il s'agissait d'un discours conservateur s'appropriant un langage libéral que les libéraux avaient rejeté depuis longtemps. Cela attestait également son caractère fondamentalement conservateur. Ce qui commença, en 1979 en Grande-Bretagne, comme un mouvement demandant plus de liberté d'entreprise, ainsi que l'abolition des obstacles qui empêchaient le fonctionnement des firmes et la défense des libertés britanniques traditionnelles garanties par la loi, prit bientôt un caractère plus général et populiste[15].

En 1983, les conservateurs déclaraient que « liberté » et « responsabilité » allaient de pair, et que l'un de leurs objectifs centraux était « de donner plus de choix et plus de responsabilités aux gens pour leur propre vie[16] ». En 1987, cette liberté était définie plus spécifiquement comme une distribution plus large de la propriété privée et par la notion

15. *The Conservative Manifesto*, Londres, Conservative Central Office, 1979, p. 14-16.
16. *The Conservative Manifesto*, Londres, Conservative Central Office, 1983, p. 24.

de « démocratie de détenteurs de capital[17] ». La condition de la liberté était l'exercice responsable du pouvoir sur sa propre vie. En 1992, le message s'était encore épanoui : le « pouvoir de choisir » se trouvait désormais en tête du programme. Mais il était soigneusement contrôlé dans l'avant-propos de John Major, qui présentait les conservateurs comme le parti « de l'opportunité, du choix, de la propriété et de la responsabilité[18] ». La liberté ne pouvait être autorisée et encouragée que dans cette formule contraignante.

Entre-temps, le parti travailliste s'était engagé dans la bataille pour définir la liberté de choix, en particulier dans les livres écrits par deux de ses principaux propagandistes, Roy Hattersley (*Choose Freedom : The Future for Democratic Socialism*, 1987) et Bryan Gould (*Socialism and Freedom*, 1985). Hattersley réprimandait les socialistes qui considéraient, comme les néolibéraux (conservateurs), que la liberté et l'égalité étaient incompatibles. Comme l'avait fait Crosland, Hattersley appelait les socialistes à se faire les « champions du concept libéral classique de liberté », celui qui préservait la dissidence et l'indépendance individuelle. Mais il identifiait également « les plus grandes libertés auxquelles aspirent les socialistes ». Comme il l'expliquait, « la liberté ne pourra qu'être distribuée inégalement si le pouvoir économique est réparti de façon disproportionnée. En effet, sans une mesure équitable d'égalité économique, la véritable liberté – le droit égal pour tout citoyen au plus grand degré de liberté compatible avec le bon ordre de la société – est impossible[19] ». La liberté était ensuite immanquablement associée aux capacités intellectuelles offertes par l'éducation et à la sécurité financière offerte par un partage plus équitable des bénéfices de la richesse sociale. Gould, lui, présentait l'emballage conceptuel dans lequel la liberté devrait trouver sa place pour les socialistes : « Il n'y a pas de marchandage entre la liberté d'un côté et la justice sociale, l'égalité et l'efficacité de l'autre. » La liberté de choix individuel était désirable mais pas infinie. Elle devait être limitée lorsqu'elle prenait la forme de l'exercice agressif du pouvoir sur les autres, et cela concernait aussi bien le pouvoir économique que politique[20]. La liberté de choix

17. *The Conservative Manifesto : The Next Moves Forwards*, Londres, Conservative Central Office, 1987, p. 10.

18. *The Best Future for Britain : The Conservative Manifesto 1992*, Londres, Conservative Central Office, 1992, p. III.

19. R. Hattersley, *Choose Freedom : The Future for Democratic Socialism*, Londres, M. Joseph, 1987, p. 72-75.

20. B. Gould, *Socialism and Freedom*, Londres, Longwood Academic, 1985, p. 52.

était réinterprétée comme la pleine utilisation de toutes les capacités personnelles qui sont compatibles avec les intérêts communs décidés démocratiquement. La communauté et le bien-être étaient les contraintes qui définissaient et façonnaient la liberté. Et en 1992 Neil Kinnock annonça dans le programme travailliste que « l'attachement à la liberté individuelle est au centre de nos convictions », mais cela était immédiatement atténué par la présentation d'un autre ensemble d'idées : « Pour que la liberté prenne tout son sens, le niveau des biens offerts par la communauté doit être élevé et l'accès à ces biens le plus large possible. En second lieu, il faut que ces droits individuels, comme tous les autres droits dans une société libre, appartiennent à tous les hommes et toutes les femmes, indépendamment de l'âge, la classe et l'origine ethnique, et soient contrebalancés par la responsabilité d'une contribution équitable à la communauté et une conduite compatible avec la loi[21]. » On peut fournir la version décodée suivante : la liberté n'a pas de sens si elle ne peut pas être exercée (reconnaissance de la richesse et du bien-être comme des besoins humains) ; si elle ne traverse pas toutes les barrières sociales, même celles auxquelles les libéraux traditionnels étaient aveugles (devenant ainsi universelle et non discriminatoire) ; et si elle n'implique pas la participation à l'activité sociale ainsi que l'autocontrôle. De façon intéressante, malgré l'acceptation du socialisme de marché, la principale rencontre entre socialisme et libéralisme ne s'opère pas dans la sphère économique, mais dans la sphère politique et éthique – et la liberté est l'axe autour duquel s'opère cette rencontre.

Il n'y a en soi rien de nouveau dans ces messages, et on peut même dire qu'ils étaient présentés avec beaucoup plus d'emphase par les libéraux progressistes au début du siècle. Mais la conclusion qu'ils suggèrent est que le concept de liberté peut être approprié par n'importe quelle idéologie. Dans un contexte conceptuel socialiste, la liberté est exploitée pour libérer des coutumes aveugles et des arrangements sociaux inhumains, de même que comme une source d'énergie grâce à laquelle les individus sont capables d'opérer des choix bien informés et socialement responsables. Cependant, ces choix ne reflètent plus des désirs égoïstes mais participent de l'anthropologie philosophique d'où le socialisme et le libéralisme progressiste tirent leur force, et qui considère les êtres humains comme étant constitués à la fois par leur propres

21. *It's Time to Get Britain Working Again : Labour's Election Manifesto*, Londres, 1992, p. 7.

préférences et par leurs environnement et réseaux sociaux. L'idée de liberté n'est plus le domaine réservé d'individus égoïstes rationnels refusant toute coopération, affirmant leur exclusivisme contre l'intervention de l'État, contre la conformité de masse et même contre les préoccupations sociales et les réglementations constructives. Elle est devenue un élément déterminant du développement de tous les membres d'une société. Un développementalisme expressif et socialement fonctionnel est ainsi transformé en une invitation à profiter des plaisirs de la vie sociale – telle est la nouvelle liberté garantie universellement.

Il faut souligner que le rôle de la liberté dans l'idéologie du nouveau gouvernement de Tony Blair est bien moins claire. En 1997, le programme travailliste déclarait que, tout en soutenant le progrès, la justice et la valeur égale de tous les individus au sein de communautés fortes,

il avait « libéré ces valeurs des dogmes et doctrines dépassées[22] » – excellent exemple de réalignement conceptuel conscient, par lequel ces valeurs pourraient être arrangées selon un nouveau schéma. Mais la liberté n'est plus un terme central. Elle est impliquée dans des expressions comme « opportunités pour tous[23] ». Il semble toutefois qu'une décision consciente ait été prise d'abandonner la concurrence avec les conservateurs néolibéraux à propos de l'interprétation de la liberté comme « individualisme de marché » et de repositionner les valeurs clés du travaillisme autour de la « responsabilité communautaire ». La liberté peut toujours s'exprimer « dans un acte initial et indispensable de choix moral[24] », mais, ensuite, la cohésion sociale est la valeur centrale. Cela représente certainement un changement de *présentation* idéologique. Il est trop tôt pour dire si la *pratique* travailliste reflétera une même rétrogradation de la liberté et, non moins important, ce que les socialistes européens feront de ce programme reconstruit. De façon assez significative, ce sont les libéraux-démocrates qui ont réaffirmé la position du libéralisme social européen : « Avant tout, la démocratie libérale est attachée à la liberté. Cela ne signifie pas seulement liberté par rapport à un gouvernement oppresseur. Cela signifie fournir à tous les citoyens l'opportunité de construire pour eux-mêmes et leurs familles une vie valable et les aider à reconnaître leurs responsabilités à l'égard de la communauté plus large[25]. »

22. *New Labour : Because Britain Deserves Better*, Londres, 1997, p. 2.
23. *Ibid.*, p. 3.
24. T. Wright, *Why Vote Labour ?*, Harmondsworth, Penguin, 1997, p. 40.
25. *Make the Difference : The Liberal Democratic Manifesto 1997*, Londres, 1997, p. 7.

Malgré les récents changements en Grande-Bretagne, il y a moins de distance entre les perspectives convergentes sur la liberté que ne l'affirment les programmes et partis socialistes et libéraux. Mais tout le monde est-il désormais en faveur de la liberté ? Non – et c'est bien là le problème. Personne ne peut être « pour la liberté », mais pour une notion particulière de liberté qui se rattache logiquement et culturellement à un système de valeurs parmi les nombreux possibles. Les chevauchements identifiés plus haut représentent l'un de ces systèmes de valeurs – une zone étroite, mais cruciale, qui renferme la plus vitale et prometteuse des philosophies sociales occidentales.

RÉSUMÉ

Les significations possibles du concept de liberté varient en fonction des différents référents idéologiques utilisés pour le définir. Dans la pensée européenne, la convergence entre le libéralisme social et le socialisme démocratique a permis le développement d'une compréhension très riche du concept de liberté en opposition aux définitions très différentes offertes par le conservatisme libertaire et le socialisme dogmatique.

PHILIPPE ARDANT

LES CONSTITUTIONS ET LES LIBERTÉS

LES CONSTITUTIONS SONT FILLES DES LIBERTÉS. Les premiers textes à valeur constitutionnelle de l'époque moderne, les textes anglais du XIII^e^ au XVIII^e^ siècle : Grande Charte de 1215, Pétition des droits de 1628, Habeas Corpus de 1679, Bill of Rights de 1689, se préoccupent moins des institutions que de la liberté sous différentes formes et de procédures destinées à la protéger. Et quand, à la fin du XVIII^e^ siècle, les Américains et les Français décident de mettre par écrit un ensemble de règles concernant l'organisation et le fonctionnement du pouvoir, ils inscrivent tout naturellement en tête de ces constitutions des Déclarations des droits, plaçant par là en quelque sorte l'ensemble du texte sous le signe des libertés.

Le caractère indissociable des liens entre les droits-libertés et la constitution domine les esprits en 1789 au moment de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mounier, qui devait jouer un rôle capital dans l'adoption du texte, déclarait : « […] pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme et qu'elle les protège évidemment », et l'article 16 de la Déclaration proclamait : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée […] n'a point de constitution ».

Depuis lors, constitutions et libertés n'ont cessé d'entretenir des relations étroites à travers lesquelles on retrouve les traces de luttes politiques, de querelles de mots parfois, d'enjeux idéologiques toujours. En réalité, l'évolution de la place des libertés dans la constitution est un miroir fidèle de l'histoire d'un pays, tant par ce qui est recherché en les constitutionnalisant que par le choix des libertés à faire entrer dans le texte, les présences et les absences.

I. La Constitutionnalisation des Libertés

De nos jours les constitutions contiennent normalement des dispositions concernant les libertés, la constitutionnalisation est un phénomène universel, l'énoncé des droits et libertés s'impose aux constituants sous peine de les faire soupçonner de noirs desseins.

Le mouvement lancé à la fin du XVIII[e] siècle connaît pourtant quelques exceptions. Les constitutions françaises après la Révolution ont été parfois réticentes à la formulation des droits : les textes napoléoniens sont muets ou fort peu loquaces à leur propos et les lois constitutionnelles de 1875 les ignorent. Révérence à l'égard de la Déclaration de 1789 et caractère supposé provisoire des textes pour les secondes, tendance à
62 l'absolutisme peu compatible avec une proclamation des droits pour les premières sont les explications communément avancées, et plus ou moins convaincantes, de ces lacunes. De son côté, la Constitution fédérale américaine de 1789 n'énonce pas de droits. Cette absence, réparée par le Bill of Rights de 1791, se justifiait sur le moment par l'idée que l'État fédéral n'aurait pas de relations directes avec les citoyens. Au demeurant, la présence des droits dans les constitutions des États fédérés, antérieures parfois à la Charte fédérale, ne risquait-elle pas de créer de délicats conflits d'interprétation avec une Déclaration fédérale ? Pour sa part, l'Autriche, État fédéral elle aussi, n'a pas inscrit de Déclaration des droits dans la Constitution de 1920, toujours en vigueur ; il est vrai qu'elle renvoie en la matière à des lois de 1862 et 1867, qui « doivent être considérées comme constitutionnelles ». La référence à un texte antérieur dispense d'ailleurs assez souvent d'entreprendre une nouvelle rédaction des libertés. Les Constitutions françaises de 1852 et 1958 en sont de bons exemples ; on peut en rapprocher les premières constitutions des États d'Afrique francophone devenus indépendants, élaborées dans la hâte et en suivant un schéma commun, qui renvoyaient à la Déclaration de 1789 et à la Déclaration universelle de 1948.

Les exceptions à la constitutionnalisation sont en définitive mineures et circonstancielles, elles ne mettent pas vraiment en cause l'universalité du phénomène. On s'interrogera ici sur ses raisons, sur ses formes et sur sa portée.

Signification de la constitutionnalisation

Pourquoi inscrire les libertés dans la constitution ? On pourrait concevoir en effet que celle-ci soit consacrée uniquement à l'organisation et au

fonctionnement des institutions ainsi qu'aux relations entre les pouvoirs publics. Le reste, et en particulier ce qui concerne les individus et la vie en société, relèverait du législateur. Dès avant le XVIIIe siècle, au contraire, on choisit de formuler les libertés dans des textes constitutionnels, pour affirmer avec le maximum d'autorité ces libertés en face du pouvoir.

A l'origine, la mise par écrit des libertés relevait d'une démarche pragmatique sans référence à une doctrine philosophique ou à une conception de la place de l'homme dans la société. Les auteurs des premiers textes en matière de libertés, les féodaux anglais du XIIIe siècle, profitent en effet d'un rapport de forces favorable pour imposer des limites à l'action du pouvoir royal, en réalité pour se faire reconnaître des privilèges. Les concessions du monarque sont consignées par écrit, avec solennité, pour sceller de façon, espère-t-on, solide, incontestable et définitive l'accord arraché au pouvoir. Même si les apparences de la souveraineté du monarque sont sauvegardées, il ne s'agit pas d'une quelconque décision du roi, geste de bonne volonté sur lequel il pourrait toujours revenir, mais de la mise en forme d'une sorte de contrat dont on s'efforce de garantir le respect. On est en présence non de chartes « octroyées » mais de chartes « concédées ». Par la suite, des bénéficiaires toujours plus nombreux, mais qui restent une minorité : barons, haut clergé, hommes libres, obtiennent de temps à autre, à la faveur d'une conjoncture propice, la confirmation, le renforcement, l'élargissement des libertés reconnues par le roi. Ces chartes se distinguent de la législation royale ordinaire, le Parlement est associé à leur élaboration, l'idée s'impose que les libertés relèvent d'un statut juridique à part.

Au XVIIIe siècle, changement : il ne s'agit plus d'arracher au coup par coup des concessions à un pouvoir royal affaibli, mais de définir la situation de l'individu dans la société. L'entreprise trouve des sources anciennes dans la doctrine du droit naturel, et contemporaines dans la philosophie des Lumières. Les libertés sont inhérentes à la nature humaine : on le proclame, on l'écrit, on l'impose. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776 prend tournure de manifeste : « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux, ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés […].»

Tout est dit et la voie tracée aux constituants. Aux constituants et non aux législateurs, car, si l'idée d'une hiérarchie des normes est encore confuse, pour les contemporains l'autorité de la constitution, sa suprématie sont éclatantes et sans égales. Elle est l'acte fondateur de la nouvelle société, les libertés y sont tout naturellement inscrites, elles en sont l'inspiration et le centre. Dans la mesure où l'organisation des pouvoirs publics n'a d'autre fin que l'épanouissement de l'individu dans toutes ses facultés, la constitution qui met en place cette organisation se doit de proclamer les libertés qu'elle a pour objet de garantir. En même temps, on considère que la constitution ne crée pas les libertés, elle les « déclare », elle les « constate », car elles lui préexistent, ce qui, on le verra, soulève le problème de la valeur juridique des dispositions constitutionnelles en la matière.

Il ne s'agit pas seulement de proclamer mais aussi de protéger, de mettre hors d'atteinte du pouvoir. La consécration constitutionnelle des libertés se justifie aussi par les menaces qui pèsent sur elles. On se méfie du pouvoir, il est l'ennemi au moins potentiel des libertés. Le pouvoir exécutif avant tout ; les textes anglais sont dirigés contre le roi et, à la fin du XVIII^e^ siècle, la séparation des pouvoirs est conçue comme une garantie contre lui. C'est à la loi en effet que la constitution confie bien souvent, après les avoir énoncées dans leur principe, l'élaboration du régime des libertés. L'époque est à l'exaltation de la loi : expression de la volonté générale, elle ne saurait être oppressive. L'idée que le législateur lui-même puisse constituer une menace pour les libertés est étrangère à la pensée politique de l'époque. En France surtout, car les Américains, plus réalistes ou méfiants, rappelaient le Congrès à ses obligations de protection des libertés dès l'article 1 du Bill of Rights de 1791 et, on le sait, en 1803 la Cour suprême posait le principe de la suprématie de la constitution sur la loi et de sa compétence à la faire respecter.

Cependant, la proclamation constitutionnelle des libertés n'est pas toujours le signe d'un système institutionnel construit autour de l'individu mettant le pouvoir à son service, mais peut être au contraire l'affirmation d'une volonté de le subordonner au pouvoir. Ainsi les régimes marxistes, en reprenant la pratique des Déclarations, en ont-ils profondément subverti le sens. L'objectif – en rupture avec les systèmes libéraux – est de bien marquer que les libertés ne sont pas données à l'individu dans son intérêt propre. Elles ne sont pas absolues, elles doivent être mises au service de la société pour contribuer à sa transformation,

devenant de plus en plus « réelles » au fur et à mesure que celle-ci s'effectue. Par la constitution le pouvoir ne s'engage pas ici à respecter les libertés, il se réserve de fixer le but dans lequel elles pourront être utilisées. En ce sens la Constitution soviétique de 1936 accordait « conformément aux intérêts des travailleurs et afin d'affermir le régime socialiste » les libertés de parole, de presse et de réunion.

Si la signification de la constitutionnalisation peut être ainsi radicalement différente, sa réalisation pose partout les mêmes problèmes.

Les formes de la constitutionnalisation

Sous quelle forme constitutionnaliser les libertés ? La question se dédouble : où leur faire place dans la constitution ? Comment les énoncer ensuite ?

Faut-il donner à la proclamation des libertés une place à part, ou est-il préférable d'en faire l'objet d'un développement inséré parmi les autres dans le texte lui-même ? Et pourquoi, d'ailleurs, faudrait-il regrouper les dispositions concernant les droits dans une unique rubrique ? Le débat ouvert à la Révolution française n'a pas reçu de conclusion universelle. A l'époque, la plupart des constitutions s'ouvrent par une Déclaration des droits, mais par la suite, bien souvent, un chapitre à l'intitulé variable – « Droits fondamentaux », « Droits des citoyens », « Des Belges et de leurs droits » – figure dans le corps de la constitution elle-même. Il arrivera que la Déclaration, parfois baptisée « préambule », coexiste avec un chapitre consacré dans le texte aux libertés (France, 1848) ; fréquemment aussi, des dispositions éparses se réfèreront de-ci de-là aux libertés (art. 34 de la Constitution française de 1958). De son côté, la Constitution irlandaise de 1937 inscrit les droits fondamentaux tout à la fin de ses dispositions.

En dépit des apparences, le débat n'est pas purement académique. Au-delà de la valeur symbolique d'une préséance donnée aux libertés en leur faisant ouvrir la constitution, la solution adoptée n'est pas, comme on le verra, sans influence sur la portée juridique des dispositions constitutionnelles. Le choix d'un préambule de préférence à une Déclaration n'est pas, lui non plus, anodin.

Le vrai problème réside cependant ailleurs : peut-on se contenter de dispositions générales énonçant des principes, ou faut-il au contraire entrer dans les détails ?

La réponse dépend de la tradition juridique des États. Dès la fin du XVIII^e siècle, en effet, l'opposition est éclatante entre les textes améri-

cains et les textes français. Outre-Atlantique les constituants ont retenu de leurs racines britanniques que, pour protéger les libertés, rien ne vaut de bonnes procédures, les chartes anglaises reposent sur elles. Il ne s'agit pas de donner à rêver de la liberté, mais d'apporter aux libertés des garanties concrètes, précises et par là efficaces. Aussi les Déclarations américaines (la Déclaration d'indépendance mise à part) sont-elles terre à terre ; leurs dispositions réglementent minutieusement, par exemple, l'instruction et le jugement des procès, l'intervention des témoins, fixent la somme à partir de laquelle le jury est compétent – on se croirait par moments en présence d'un code de procédure pénale. A leur suite, nombre de constitutions énumèrent à l'infini les droits des citoyens, multiplient hypothèses, distinctions, exceptions. La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 divise ainsi en 77 paragraphes principaux l'article 5 consacré aux droits et devoirs individuels et collectifs, sans compter les sous-paragraphes ; elle se poursuit ensuite par plusieurs dizaines d'autres dispositions énonçant les droits sociaux et politiques.

Les constituants français de la Révolution étaient moins prolixes : ils ont choisi de procéder par dispositions générales abstraites. A la différence des Anglais et des Américains, ils font confiance. Les premières phrases de la Déclaration de 1789 témoignent de leur optimisme : l'oubli des droits de l'homme est la cause des malheurs publics, il suffit de les « exposer » pour que le pouvoir comme les citoyens les respectent et que se réalise le bonheur de tous. En quelques brefs articles les libertés sont énoncées dans leur principe. Même si ultérieurement les textes français ne sont pas toujours restés sur les hauteurs et ont mêlé aux principes quelques règles concrètes, la différence de ton reste nette entre les constitutions qui ont subi l'influence française et les autres.

Concision ou accumulation, ce choix lui aussi n'est pas étranger à la portée juridique des dispositions concernant les libertés.

Portée de la constitutionnalisation

Dans l'esprit de ses auteurs, la constitutionnalisation a d'abord une portée symbolique. Elle témoigne de la rupture avec un passé, avec la domination anglaise pour les Américains, avec la monarchie absolue en France à la fin du XVIII^e^ siècle. La proclamation est un acte libérateur, le signe de l'ouverture d'une ère nouvelle. Elle contient les refus, les espoirs, les objectifs et les projets d'un peuple maître de son destin. Cet aspect est resté primordial jusqu'à nos jours. Il a inspiré par exemple les Allemands en 1949 dans la Loi fondamentale ; il est à la base, dans les

années 1960, des Déclarations des pays d'Afrique sortant de la colonisation et, tout près de nous, dans les textes des pays d'Europe de l'Est après l'effondrement des régimes communistes. Bien souvent l'enthousiasme et la magie du verbe incitent alors à considérer les difficultés comme résolues et le problème des libertés comme réglé. Or la constitutionnalisation insère aussi les libertés dans l'ordre juridique et, pour l'avenir, là est l'essentiel. L'inscription dans la constitution doit garantir les libertés, elles deviennent des droits et non plus des abstractions philosophiques. Des droits opposables à qui, comment ?

Mettre à l'abri les libertés suppose de leur conférer la plus haute autorité juridique possible.

En France, les hommes de la Révolution avaient la conviction de proclamer des valeurs situées au-dessus de la constitution. Tirés du droit naturel, les droits sont affichés dans la constitution, elle ne les crée pas puisqu'elle les « déclare », ils sont universels et intemporels, immuables comme la nature humaine ; de même qu'ils sont préexistants, ils sont hors de portée des constituants futurs. Cette conception est éminemment protectrice des libertés, mais elle suppose l'existence d'une supraconstitutionnalité, c'est-à-dire d'admettre que le pouvoir constituant puisse n'être pas souverain. D'éminents auteurs se sont opposés récemment à ce propos, on n'entrera pas ici dans la controverse. On notera cependant que, dès 1793, la Convention tirait un trait sur la Déclaration de 1789 et proclamait qu'« une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

Valeur constitutionnelle alors ? Formulés par la constitution, les droits en font partie intégrante et s'imposeraient aux normes inférieures au même titre que celle-là : au législateur, comme à l'exécutif et aux personnes privées. Seule la procédure de révision permettrait d'y porter atteinte. Telle est normalement, semble-t-il, la volonté du constituant. Pourtant, à l'examen, ce point de vue doit être sérieusement nuancé.

Il arrivera tout d'abord en effet que le constituant lui-même refuse d'accorder valeur constitutionnelle à la proclamation des droits. Ainsi les auteurs de la Constitution française de 1946, en écartant les dispositions du Préambule – et le terme n'était pas innocent – du champ de l'embryon de procédure de contrôle de la constitutionnalité qu'ils instituaient, reconnaissaient-ils que les droits ne s'imposaient pas au législateur. De même il est admis que, de leur côté, les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'avaient pas entendu confier au Conseil consti-

tutionnel la protection des dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, textes auxquels ils manifestaient pourtant l'attachement du peuple français. Il aura fallu l'audace du Conseil en 1970 et 1971 pour les faire entrer dans le bloc de constitutionnalité.

Cette réticence du constituant est rare. La difficulté tient plutôt à la formulation des droits. Déjà le fait qu'une Déclaration, ou un préambule, soient distincts de la constitution, et pas toujours rédigés par articles, tend à leur conférer un statut à part, aux limites du droit positif. Bien souvent, surtout, la proclamation prend la forme d'un énoncé de principes aussi vagues que généreux, pouvant difficilement recevoir une application directe. Les commentateurs parlent alors de « directives », de « guide » ou de « conseils » donnés au législateur par un constituant philosophe, autant dire que leur valeur constitutionnelle est faible. Adhémar Esmein,
68 par exemple, les considérait comme des « axiomes ».

Restent alors les dispositions énonçant les droits de façon précise, parfois dans un chapitre inséré dans le texte même de la constitution. Leur valeur constitutionnelle est indéniable. A une condition cependant : l'existence d'une procédure destinée à en imposer le respect au législateur. Or le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois est relativement récent. Les textes du XVIII^e^, du XIX^e^ et de la première moitié du XX^e^ siècle ne comportaient pas de protection contre les empiétements du législateur. En pratique les droits avaient donc valeur législative et étaient soumis au bon vouloir du Parlement. Telle était la situation en France sous la III^e^ République malgré les efforts de Duguit pour démontrer la survie de la Déclaration de 1789 avec valeur constitutionnelle. Les droits constitutionnels s'imposent alors uniquement aux autorités administratives et aux personnes privées dans la mesure en outre où les juridictions acceptent de se référer directement à la constitution.

C'est seulement lorsque existe un contrôle de constitutionnalité dans le champ duquel entrent les libertés que celles-ci ont valeur constitutionnelle. Mais toutes les libertés ne sont pas jugées dignes de figurer dans la constitution.

II. Les Libertés Constitutionnelles

La lecture des dispositions constitutionnelles concernant les libertés éclaire sur les craintes et les difficultés d'une époque et d'une société, et de plus en plus aussi sur leurs aspirations. Alors que la liberté se décompose en un certain nombre de facultés d'agir ou de s'abstenir, de liber-

tés au pluriel, que le droit appréhendera sous la forme des droits de l'homme, toutes ces facultés ne méritent pas de recevoir une consécration et une garantie constitutionnelle, d'être opposables avec une force égale au pouvoir. Souvent, d'ailleurs, la constitution énonce les « droits fondamentaux », montrant bien par là l'existence d'autres droits, non retenus pour entrer dans le texte.

Quelles libertés sont jugées dignes d'accéder à la dignité de droits constitutionnellement protégés ? Leur liste varie selon la date de la constitution et le pays où elle s'applique. Deux ordres de considération entrent en jeu. D'une part, de façon très concrète, les menaces environnantes, issues du passé comme présentes au sein de la société nationale, voire internationale ; les constituants s'efforcent de traiter d'abord les problèmes de leur temps. D'autre part, sur un plan intemporel, on se réfère à une certaine conception de la place de l'individu dans la société et de ses rapports avec le pouvoir ; souvent, d'ailleurs, au cours des débats de la constitution, des conceptions idéologiques antagonistes s'opposent.

Idéologie et empirisme se conjuguent pour la détermination des libertés que l'on veut proclamer avec force dans la charte constitutionnelle, et si les deux ont pesé un temps dans le même sens, la première a tenu un rôle de plus en plus important pour limiter parfois, et pour étendre le plus souvent, le champ des dispositions de la constitution en matière de libertés. Car ce que l'on constate surtout, c'est que la constitutionnalisation a été utilisée comme un procédé de multiplication des droits garantis au risque d'entraîner en définitive un affaiblissement général de la protection, au détriment des libertés essentielles.

Les libertés classiques

Comparées aux textes de la fin du XVIII^e^ siècle les Déclarations contemporaines sont plus riches, l'évolution ayant fait apparaître comme essentielles des libertés insoupçonnées il y a quelques générations.

En leur temps, Anglais, puis Américains et Français ont consacré les libertés dont l'absence leur pesait le plus cruellement, c'est-à-dire en pratique les libertés de la personne. Au départ, il s'agit en gros de la sûreté, c'est-à-dire la sécurité, et avant tout des libertés du corps : protection contre les arrestations, les emprisonnements, droit à une justice équitable, possibilité d'aller et venir à son gré dans le royaume, d'en sortir et d'y revenir, garantie de la propriété considérée comme le prolongement de la liberté. Sous l'influence des philosophes, ces premières libertés sont complétées à la fin du XVIII^e^ par les libertés de l'esprit : libertés d'opinion, d'expression, de presse, de religion, et leur complé-

ment nécessaire, l'égalité : tous peuvent jouir également des libertés. S'ajoute la liberté politique, inconnue jusqu'alors, avec l'électorat et l'éligibilité. Apparaissent aussi la liberté du domicile et le secret des correspondances.

Ainsi, à la fin du XVIII^e siècle, ce qu'on peut appeler le noyau dur des libertés constitutionnelles est en place. Il ne sera guère remis en cause et constitue de nos jours encore un fonds commun obligé des constitutions. Avec des adaptations entraînées par l'évolution des sociétés. Ces libertés – dites encore « classiques » – se sont diversifiées : apparition par exemple de la liberté du mariage, du divorce, de la procréation. Cela non sans problèmes pour les pays qui ont choisi de formuler leurs droits de façon détaillée, voire exhaustive, et qui ainsi, à propos de la liberté d'expression, ont dû faire place à des techniques comme le télégraphe, le téléphone, l'informatique ou le cinéma.

S'il y a eu enrichissement des libertés, celui-ci n'est pas allé sans débats et l'histoire, ici comme ailleurs, n'a pas été linéaire, certains droits disparaissant un jour de la constitution pour ressusciter ensuite parfois. L'idéologie est en général à l'origine de ces variations. Déjà en 1776, lors de l'élaboration de la constitution de l'État de Virginie, on s'était interrogé sur la portée de l'égalité, et si aucune restriction concernant les Noirs ne figure dans le texte, c'est tout simplement parce que l'on a admis pour en sortir qu'elle ne s'appliquait pas à eux. Par la suite, la mise en cause du libéralisme et du système économique capitaliste ont amoindri ou fait disparaître certaines libertés consacrées auparavant par les textes constitutionnels, et pas seulement à l'Est. La propriété privée, la liberté d'entreprendre, la liberté de commerce et de l'industrie et, en France en 1946, la liberté de l'enseignement n'ont pas toujours conservé leur statut constitutionnel, ou ont subi de sérieuses restrictions.

Car les libertés classiques ne sont pas absolues. Les constitutions prennent soin d'en préciser les limites. Et derrière celles-ci réapparaissent les idéologies. Sous la Révolution française, la primauté de l'individu, fondement du libéralisme, se traduisait dans la Déclaration de 1789 par le principe selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », les droits naturels de chacun n'ayant pour « bornes » que les droits des autres membres de la société. Mais déjà réserve était faite aussi de l'intérêt de la société et de la défense de l'ordre public qui pouvaient justifier l'intervention du législateur. Peu à peu on a vu se mettre en place la définition d'un but social assigné aux

libertés, qui deviennent relatives. Le marxisme devait s'engager dans cette voie, lui donner une portée générale et formuler des libertés « à sens unique », les droits devant s'exercer dans le sens défini par le parti communiste. Aujourd'hui, d'autre part, des constitutions limitent les libertés par référence à une religion. Ainsi la Constitution iranienne de 1980 rappelle-t-elle régulièrement, à propos notamment des droits des femmes, de la liberté d'association ou de la liberté de la presse, qu'ils ne peuvent s'exercer « à l'encontre des préceptes de l'islam ». Le prolongement de cet encadrement des libertés se manifeste dans les « Déclarations des devoirs » que l'on trouve dans beaucoup de constitutions pas seulement communistes ou islamistes. Le danger est que l'exercice des libertés soit subordonné au respect des devoirs.

Quoi qu'il en soit, cette première génération de droits correspond très exactement à des libertés et est conçue, dans les États libéraux tout au moins, comme une ligne de résistance au pouvoir au bénéfice exclusif de la personne. Cette conception devait peu à peu révéler ses insuffisances et, pour en tenir compte, les constitutions ont consacré une deuxième génération de libertés qui s'éloignent des libertés traditionnelles.

Des libertés classiques aux droits de créance

Tout d'abord, en effet, dans la conception classique, la personne titulaire des libertés était une abstraction, elle n'était pas « située » – pour reprendre l'expression de Georges Burdeau – dans son travail et dans sa vie familiale et sociale. Ceci car la méfiance à l'égard du pouvoir ne se limitait pas, en France en particulier, au pouvoir politique, mais s'étendait à toutes les institutions exerçant une autorité : famille, corporations, ordres religieux. En 1789, il n'était, pour cette raison, pas question d'inscrire la liberté d'association dans la Déclaration : il a fallu attendre la Constitution de 1848, puis la loi de 1901 pour qu'elle soit consacrée, puis 1971 pour que le Conseil constitutionnel lui reconnaisse définitivement une valeur constitutionnelle (la Belgique l'avait fait depuis 1831). La liberté syndicale de son côté n'est apparue qu'en 1884, toujours par l'intermédiaire de la loi. Les individus en groupe deviennent ainsi à leur tour titulaires de libertés, les libertés collectives, que les constitutions vont accueillir.

D'autre part, de plus en plus aujourd'hui les libertés se déclinent par catégories : femmes, mères, enfants (légitimes ou naturels), vieillards, travailleurs, détenus, étrangers… Elles sont attachées de façon spécifique à l'appartenance à l'un des groupes ainsi définis. C'est là un autre témoignage à la fois de la relativité des droits et de la volonté de don-

ner à leur proclamation une efficacité que ne garantissait pas la référence à un individu abstrait.

Mais le pas décisif dans l'apparition d'une nouvelle génération de droits a consisté dans la consécration par les constitutions, aux côtés des libertés traditionnelles, considérées comme des possibilités de choix ne faisant pas intervenir l'État, de droits de créance au profit des individus, de pouvoirs d'exiger opposables à l'État. Les individus ont droit, dans les domaines économiques et sociaux, à des prestations positives qu'ils ne peuvent obtenir par le libre jeu des libertés et qui, en même temps, sont la condition pour qu'ils puissent jouir des libertés classiques. L'innovation est considérable car il ne s'agit plus, comme précédemment, de proclamer des libertés mais d'octroyer des droits – conditions d'exercice des libertés –, et il n'y a plus coïncidence entre les libertés et les droits. Enfin, par là on réintroduit l'État dans le domaine des libertés, dont tout l'effort des textes antérieurs consistait à l'exclure. Les libertés ne se réalisent plus contre l'État mais grâce à l'État, laissant à celui-ci un pouvoir d'appréciation discrétionnaire sur les moyens à mettre en œuvre. C'est une révolution, que ce retour de l'État rend inquiétante.

Les droits de créance ont envahi les constitutions contemporaines au point de submerger les libertés classiques. La Constitution mexicaine de 1917 et l'Allemagne de Weimar en 1919 avaient donné l'exemple, et le Préambule français de la IV^e^ République proclamant les principes « particulièrement nécessaires à notre temps » a prolongé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale un mouvement qui s'est depuis lors inscrit dans pratiquement toutes les constitutions.

Là aussi un fonds commun s'est formé, qui se retrouve partout, autour des droits à l'emploi ou au travail, à la santé, à l'instruction, à la culture, aux congés, aux loisirs, à la sécurité sociale, au logement, à la grève…

Cette deuxième génération s'expose, à travers la multiplication des droits et leur prosaïsme, au reproche d'inefficacité fait aux libertés classiques. Celles-ci seraient peu protectrices car trop abstraites : les nouveaux droits sont banalisés, désacralisés, dévalués, car la force se perd par le nombre. Est-il de bonne politique, en outre, de proclamer des droits qu'on sait inaccessibles, sauf peut-être dans la longue durée ? D'autre part, le mélange au sein d'un même texte d'un ensemble de libertés et de droits placés sur le même plan, bien que de nature et de portée différentes, ne peut qu'être source de difficultés et de frustrations. Tant

de droits sont proclamés qui ne sont pas conciliables (la grève et la liberté du travail, la liberté de manifestation et celle d'aller et venir…) que les conflits sont inévitables, et la constitution se garde bien d'établir entre eux une hiérarchie qui permettrait de résoudre ces conflits. En définitive, la garantie constitutionnelle cesse alors, le constituant s'en remet au juge du soin d'arbitrer entre les libertés, et parfois à la rue…

Vers une troisième génération de droits

Le mouvement d'entrée de droits nouveaux dans les constitutions se poursuit aujourd'hui dans une direction différente. Les constitutions les plus récentes, et les textes internationaux avaient donné l'exemple auparavant, formulent des droits qui s'éloignent non seulement des libertés classiques mais encore des droits de créance. La constitution est utilisée comme un support commode pour proclamer avec éclat des revendications concernant parfois les individus mais aussi, et surtout, les peuples, sans véritable contenu normatif : droit à la paix, au développement, à un environnement adapté, droit de propriété sur le patrimoine commun de l'humanité, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes…

Ces soi-disant « droits » ne sont que des vœux pieux, au mieux des déclarations de bonne volonté, aux destinataires aussi incertains que leur objet est fumeux. Leur constitutionnalisation est la conséquence du succès des Déclarations des droits. Toutes les aspirations, tous les besoins des hommes seraient-ils de nature à accéder à la dignité de droits constitutionnels, les proclamer donne bonne conscience et n'engage à rien. Mais ils côtoient alors les vraies libertés essentielles qui en sont dévalorisées, abaissées à leur niveau. Peut-on mettre sur le même plan la liberté de la presse et le droit de l'humanité sur les fonds sous-marins ?

En définitive, derrière l'évolution des libertés constitutionnelles, le vrai problème est celui de ce que l'on met dans une constitution. S'il est tentant d'y inscrire le plus de choses possible, ce choix peut se retourner contre l'objectif poursuivi, l'autorité du texte se dilue à vouloir trop protéger. Le sommet de la hiérarchie des normes se fissurera s'il est trop lourd. Aussi les libertés proclamées n'ont-elles rien à gagner à être trop nombreuses.

En entrant dès l'origine dans les constitutions, les libertés se sont placées d'emblée au cœur du système institutionnel. Celui-ci a pour mission de permettre, en suivant des voies diverses et des étapes diffé-

rentes, par la réalisation des libertés, l'épanouissement de la personne. Le symbole conserve toute sa valeur, mais il est moins certain que la constitution assure toujours aux libertés la garantie attendue. Les instruments de protection des libertés constitutionnelles se sont perfectionnés mais sont loin de s'être généralisés. D'eux dépend en définitive l'efficacité de la proclamation constitutionnelle.

RÉSUMÉ

Les liens des libertés avec les constitutions sont aussi anciens que les constitutions elles-mêmes. Si on a obtenu de les y inscrire, c'est pour les placer au centre de l'édifice constitutionnel et leur assurer la protection la plus efficace contre le pouvoir. Si toutes les libertés n'ont pas été admises dans les constitutions, elles y voisinent aujourd'hui avec toutes sortes de « droits » dont la multiplication leur enlève beaucoup de force.

Jean-Paul Costa

LE JUGE ET LES LIBERTÉS

Dans les démocraties déjà anciennes, comme les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, il semble naturel que le juge soit un défenseur des libertés. On ne s'interroge en général que sur l'efficacité de son rôle, sans trop s'interroger sur les justifications de celui-ci. Pourtant, il n'est nullement évident que le juge, dont la fonction sociale est quasi éternelle et quasi universelle, doive se mêler des libertés, ni qu'il soit bien armé pour le faire. Les concepts familiers d'État de droit, de séparation des pouvoirs, de contrôle juridictionnel de l'administration camouflent des interrogations fondamentales : le juge est-il habilité à défendre les libertés ? Ne risque-t-il pas parfois de leur porter atteinte ? La société libérale ne recourt-elle pas à lui faute de mieux ? On va essayer de répondre à ses questions, ou au moins de les poser au lecteur de façon ingénue.

Historiquement, le juge précède de loin les libertés. Il existait des juges dans des sociétés patriarcales, autoritaires, absolutistes, bien avant l'avènement des libertés, qui s'identifie à l'évolution de l'Angleterre, à la Constitution des États-Unis, à la Révolution française, les libertés n'ayant essaimé dans le reste du monde que beaucoup plus tard, quelquefois à des époques très récentes. Encore maintenant, des États qui n'ont rien de libéral ont, au moins formellement, une justice, certes dépendante de l'exécutif, mais en théorie séparée et distincte de lui. Il n'y a donc pas d'équivalence entre l'existence du juge et le règne des libertés. Politiquement, on peut concevoir des juges dont le souci n'est nullement de défendre des libertés, mais plutôt d'assurer le renforce-

ment de l'autorité publique, comme sous Staline ou Hitler, ou simplement de défendre la Cité, comme les « gardiens » dans la *République* de Platon. Techniquement, le juge est chargé par la société (nationale, parfois internationale) de trancher des différends, de régler des litiges, mais la grande majorité de ces procès n'ont pas pour enjeu la (ou les) liberté(s) : querelles de voisinage, affaires familiales, exécution des contrats, engagement de la responsabilité quasi délictuelle, problèmes disciplinaires, conflits frontaliers… la liste serait longue des matières dont les plaideurs saisissent les juridictions et d'où les libertés sont totalement ou largement absentes.

Par ailleurs, il est exact que certains régimes ont conféré aux juges des attributions spécifiques en matière de défense des libertés. La loi d'Habeas Corpus, en 1679 en Angleterre, a par exemple obligé tout geô-

lier à présenter à un juge, dans les trois jours, tout individu arrêté, afin que les raisons de la détention soient discutées et que, le cas échéant, le juge ordonne la mise en liberté du prisonnier. De même, les États-Unis ont très largement appliqué la théorie des pouvoirs de Montesquieu et ont fait du pouvoir judiciaire, strictement indépendant de l'exécutif et du législatif, un garant des libertés, au besoin contre ces deux autres pouvoirs, par le biais du contrôle, par voie d'exception (ouverte à tout justiciable), de la constitutionnalité des lois ; et on sait combien Tocqueville a insisté, dans *De la démocratie en Amérique*, sur le pouvoir politique ainsi conféré à l'institution judiciaire par le système constitutionnel américain. De même encore, la Constitution de 1958, par son article 66, fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle : elle se rattache ainsi à la tradition révolutionnaire qui, implicitement dans la Déclaration de 1789, explicitement dans la Constitution de 1791, associe séparation des pouvoirs et indépendance des juges, et conjugue ces deux éléments dans la défense de la liberté contre les risques d'arbitraire.

Mais, de ces exemples historiques fameux, il ne faudrait pas déduire avec trop de certitude que les progrès de l'État de droit se confondent, de façon linéaire et irréversible, avec l'attribution aux juges de la tâche de défendre les libertés. Si on reprend le cas de la France, c'est bien vite que la Révolution s'est méfiée des juges. La célèbre loi des 16 et 24 août 1790 (après celles du 22 décembre 1789 et de janvier 1790 sur les administrations de district et de département) leur interdit de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » – donc de contrôler l'administration, donc de censurer les agissements antilibéraux de celle-ci. La création, dès le 17 août 1792, du Tribunal

révolutionnaire est celle d'une juridiction censée châtier les « ennemis de la liberté », mais, en réalité, jugeant de façon sommaire et partiale et aboutissant à un sinistre simulacre de justice. Le procès fait à Louis XVI a été instruit et jugé par la Convention elle-même, c'est-à-dire a été en l'espèce abandonné au profit d'une confusion des pouvoirs, comme si le législatif retirait au judiciaire le droit de juger l'ancien chef de l'exécutif. A de nombreuses époques (généralement troublées, mais l'excuse n'est pas suffisante), la France a connu en outre des juridictions d'exception, par exemple sous le régime de Vichy, ou pendant et peu après la guerre d'Algérie (la Cour de sûreté de l'État, créée le 15 janvier 1963, n'a été supprimée que le 14 août 1981) ; or ces juridictions, loin de défendre les libertés, ont poussé la sauvegarde à tout prix de l'ordre public suffisamment loin pour pouvoir être qualifiées, par leur procédure comme par les règles de fond, de liberticides.

Mais encore il arrive, même dans l'État le plus libéral, que certaines juridictions soient par nature chargées de porter atteinte aux libertés. Quand une personne est placée en détention provisoire ou condamnée à une peine d'emprisonnement, c'est un juge qui la prive de sa liberté. Certes, un État de droit entoure ces mesures de garanties procédurales qui s'efforcent de limiter au maximum les risques d'arbitraire ou d'erreur ; la sûreté, l'une des libertés les plus fondamentales aux yeux des auteurs de la Déclaration, est assurément mieux protégée ainsi qu'au temps des lettres de cachet ou que lorsque le duc d'Enghien fut arrêté et exécuté (assassiné, a-t-on pu dire). Il n'en reste pas moins que le juge pénal constitue structurellement une menace pour les libertés (au nom, il est vrai, d'impératifs légitimes de défense de la société et de répression des crimes et délits, et on connaît le mot célèbre de Clemenceau qualifiant pour cela le juge d'instruction d'« homme le plus puissant de France »…).

Enfin, lorsque le juge – judiciaire, administratif, depuis 1958 constitutionnel – est légitimement chargé de défendre les libertés contre les empiétements des particuliers, des groupes, de l'exécutif, du législateur même, on pourrait s'imaginer que son rôle est réduit, puisqu'il est en principe tenu d'interpréter et d'appliquer les textes (la loi, les actes administratifs, les traités, la Constitution), et de se borner à cela. Le rôle créateur du juge est théoriquement fort limité. Jusqu'en 1958, les juridictions judiciaires ou administratives se trouvaient normalement démunies contre une loi liberticide. Depuis la V^e^ République, le Conseil constitutionnel peut censurer une telle loi, à condition encore qu'elle lui soit déférée (selon une saisine limitée et dans un laps de temps bref), et

il ne peut en tout cas rien à l'encontre du pouvoir constituant, soit que celui-ci agisse *ab initio*, soit qu'il intervienne après une décision de censure du Conseil constitutionnel à laquelle il entendrait faire échec.

Ainsi, le juge n'est pas de façon naturelle et permanente un défenseur des libertés, et quand, grâce à des circonstances historiques et politiques favorables, il est investi de ce rôle, son pouvoir est apparemment restreint.

Pourtant, classiquement, dans un État de droit, son intervention est considérée comme une garantie importante, au point que des mécanismes sophistiqués sont inventés pour reculer les limites de son action et pour renforcer son effectivité et son efficacité. Mais pourquoi cette confiance faite au juge par les pays épris de liberté ? Le juge a-t-il dans sa main les atouts qui justifient cette sorte de délégation, au moins partielle, que lui consent la société ? Cela n'est pas certain…

Si on cherche les fondements historiques de la mission du juge en matière de libertés, on les retrouve généralement dans l'œuvre de Montesquieu, qui était d'ailleurs, on le sait, président à mortier au parlement de Bordeaux, c'est-à-dire un haut magistrat !

Comme on le sait aussi, Montesquieu, en réalité, ne préconisait pas une séparation des pouvoirs rigide et systématique ; il se bornait à remarquer, dans le cas de l'Angleterre, que l'autorité des juges et de la *common law* favorisait la liberté des sujets du roi, au même titre que l'autonomie acquise par rapport à celui-ci par le Parlement dans ses deux chambres. Plus généralement, c'est-à-dire sur un plan universel, il était favorable à tout système de contre-pouvoirs, de ce que les Américains appellent les *checks and balances*, l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant pouvant être l'un de ces contre-pouvoirs propres à limiter les abus du pouvoir et à freiner sa tendance naturelle à l'absolutisme. D'ailleurs, plus que de pouvoir judiciaire, l'auteur de *L'Esprit des lois* parle de fonction judiciaire, qu'il définit comme « puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil » : ce n'est qu'indirectement que cette analyse va fonder, aux débuts de la Révolution, le courant attaché à la défense des libertés par le juge et, dans ce but, à l'indépendance du juge par rapport au roi et au législatif ; sous l'influence de Barnave, notamment, la Constituante décide à une faible majorité, au printemps de 1790, que les juges seront élus directement par le peuple et que le roi ne pourra opposer son veto à cette décision. La Constitution de 1791,

enfin, reprendra le principe de l'élection des juges, ainsi que de la gratuité de leurs fonctions, comble de l'indépendance vis-à-vis de l'argent ! Mais en même temps les révolutionnaires, marqués par le souvenir des parlements d'Ancien Régime, de leur pouvoir excessif et de leur opposition aux réformes au nom de la défense des privilèges de classe, vont strictement restreindre le rôle du juge à celui d'appliquer la loi ; Condorcet, par exemple, développera une théorie « syllogistique » du jugement fondée sur la prééminence de la loi, donc du législateur.

Le système de l'élection des juges, en France, n'a guère duré et, dans le monde, il est peu pratiqué ; quand il l'est, comme aux États-Unis, il présente au moins autant d'inconvénients que d'avantages, si bien qu'on en limite l'extension en réservant les postes dans les cours supérieures à des magistrats nommés, dont le recrutement est professionnalisé. Mais le fait qu'on ait songé et qu'on continue parfois à procéder à l'élection des juges est très intéressant, car il montre qu'on a cherché ou qu'on cherche à trouver aux juges une légitimé démocratique. C'est bien là le cœur du problème : dès lors que la société confie au juge une fonction sociale éminente, à plus forte raison la mission de défendre les libertés des citoyens contre les empiétements d'autrui ou de la puissance publique, ne faut-il pas que celui-là soit légitime, que ses attributions soient incontestables et reconnues comme telles ? La fiction suivant laquelle les décisions juridictionnelles sont rendues « au nom du peuple français » est certainement indispensable à la crédibilité de la justice et à l'efficacité de ses jugements. Mais elle est fiction et non réalité si le peuple français est étranger aux choix de ses juges et ne peut guère, même par l'intermédiaire de ses représentants (gouvernement et Parlement), sanctionner leur responsabilité. Il y a donc une contradiction fondamentale dans le statut des juges. D'un côté, il faut absolument qu'ils soient indépendants, car cette indépendance est une garantie essentielle pour la défense des libertés. De l'autre, cette indépendance même, par exemple le fait que les juges ne soient jugés disciplinairement que par leurs pairs (ou même soient irresponsables, comme les membres du Conseil constitutionnel), est antinomique avec la légitimité dont ils doivent être porteurs pour être dignes des hautes tâches qui sont les leurs, notamment sur le plan des libertés.

Pendant longtemps, cette irresponsabilité quasi absolue du juge, cette absence de tout contrôle démocratique tant dans son mode de recrutement que dans l'exercice de ses fonctions, a été tempérée par le règne de la loi. Celle-ci, dans la hiérarchie des normes, n'était pas placée au sommet, mais nul n'était chargé ou ne s'était arrogé le droit d'écarter une

loi contraire à une norme supérieure. Certes, ce règne de la loi conférait au législateur (c'est-à-dire, en réalité, à la majorité) un pouvoir redoutable et sans limites, puisqu'il pouvait impunément prendre des libertés avec les libertés, voire les réduire ou les violer ; Sieyès avait bien vu ce danger, d'où son idée de « jurie constitutionnaire », mais on ne l'avait pas suivi. Cependant l'omnipotence de la loi était, au moins en théorie, à son tour contrebalancée par le pouvoir du peuple souverain, apte à sanctionner par son vote aux élections une majorité liberticide, et à la remplacer par une autre, présumée l'être moins.

Quoi qu'il en soit, ces temps sont révolus. Les juges, en France, ont depuis vingt ou quarante ans le pouvoir de contrôler, directement ou indirectement, la loi. Le Conseil constitutionnel, dont le mode de recrutement est discrétionnaire, et l'indépendance des membres absolue,
80 peut non seulement faire disparaître une loi votée qu'il juge inconstitutionnelle, mais encore le faire par rapport à un « bloc de constitutionnalité » large et dont il définit lui-même les contours ; et il s'est conféré le droit de déclarer des dispositions législatives constitutionnelles « sous de strictes réserves d'interprétation ». Comme, en vertu de l'article 62 de la Constitution, ses décisions sont souveraines et s'imposent à toute autorité, le juge, judiciaire ou administratif, est lui-même lié par les interprétations des « neuf sages ». Par ailleurs, implicitement invités par ceux-ci, en 1975, à contrôler la compatibilité des lois avec les engagements internationaux de la France (même ceux antérieurs à ces lois), les juges judiciaires, dès cette date, et les juges administratifs depuis 1989, ont déféré à cette invitation et exercent couramment ce contrôle. Concrètement, le contrôle de constitutionnalité ou de « conventionnalité » des lois est particulièrement important en matière de libertés, puisque le « bloc de constitutionnalité » comprend en particulier la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946, c'est-à-dire des catalogues de droits et de libertés ; quant aux conventions internationales, toutes n'interviennent pas, tant s'en faut, dans le domaine des libertés : mais la tendance de la communauté internationale est à l'internationalisation des droits de l'homme, de sorte que nombre de traités multilatéraux viennent limiter la sphère d'autonomie de la loi nationale (il suffit de citer, à titre d'exemples évidents, les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, et surtout, bien sûr, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

Il n'y a d'ailleurs pas que le seul juge français qui juge la loi française : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice

des communautés européennes sont devenues des censeurs vigilants et actifs, qui n'hésitent pas à condamner la France (comme ses partenaires) si elle méconnaît ses engagements internationaux, et le paravent législatif est insuffisant à la disculper puisqu'il ne saurait prévaloir sur le droit européen ou communautaire.

Le règne de la loi n'étant plus que relatif et limité, le juge intervient donc en matière de libertés, le cas échéant contre la loi. Le schéma classique suivant lequel la Cour de cassation et le Conseil d'État défendaient certes les libertés, conformément au système complexe et subtil de la compétence respective de chaque ordre de juridiction, mais s'inclinaient devant le législateur, quoi qu'il fît, ce schéma est donc révolu. Le nouveau régime d'application des normes par le juge confère à celui-ci une liberté qu'il n'avait pas, et que les révolutionnaires n'auraient pas même soupçonnée. Il est vrai que le rêve de Condorcet de voir le juge se borner à une application mécanique de la loi (ce qui d'ailleurs, pour lui, n'était pas grave pour la liberté, car il croyait, ou se forçait à croire, que la loi irait toujours dans le sens de la liberté), ce rêve depuis longtemps ne correspondait plus à la réalité. Le juge, en France, s'est inventé sans tarder un rôle créateur, avec la justification souvent exacte que le droit écrit était incomplet ou lacunaire. La Cour de cassation, à partir de quelques articles brefs et très généraux du Code civil, a par exemple édifié aux XIX^e^ et XX^e^ siècles toute la théorie de la responsabilité civile. Le Conseil d'État, non content d'avoir bâti largement sans textes une grande part du droit administratif, a protégé les libertés contre l'administration en imaginant, à partir des années 1940, la théorie des principes généraux du droit, qui lui a permis en particulier d'interpréter des actes administratifs antilibéraux, sinon *contra legem*, du moins *praeter legem*. Quant au Conseil constitutionnel, s'inspirant sans doute de cet exemple, il a, depuis 1971, donné à l'expression de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », contenue dans le préambule de 1946, une signification hardie : il n'hésite pas à censurer les dispositions législatives qui sont contraires non seulement à une norme écrite, mais encore aux principes dont il déclare lui-même qu'ils ont valeur constitutionnelle. Seul le pouvoir constituant peut s'imposer à ses décisions et, même s'il y a déjà un précédent célèbre, il n'est pas si facile de recourir à la révision constitutionnelle pour surmonter une jurisprudence du Conseil.

Ainsi, le juge non élu, pratiquement irresponsable, se trouve être le gardien de nos libertés, sans autre censeur que lui-même, au moins pour les cours souveraines que sont le Conseil constitutionnel, le

Conseil d'État, la Cour de cassation et les cours de Strasbourg et de Luxembourg. Leur légitimité réside donc entièrement dans leur sagesse et, après tout, il faut bien qu'il n'y ait personne pour « garder » les gardiens au sens platonicien, sinon on aboutirait à des systèmes politico-juridiques infinis jusqu'à l'absurde. Cette sagesse est en effet difficilement discutable. Les modes de recrutement et de promotion des juges, en France comme dans la plupart des démocraties, s'efforcent par des mécanismes plus ou moins complexes de privilégier le choix de juges, certes faillibles, mais honnêtes, compétents et pondérés. Bien entendu, de par leurs fonctions, les juges, même s'ils font preuve de telles qualités, ont par surcroît besoin de reconnaissance et de prestige social. Ils n'en jouissent pas toujours et pas nécessairement. Si les « hauts juges » sont largement respectés, en Angleterre, aux États-Unis, en Allemagne,
82 en France également, il n'en va pas toujours de même pour les juges ordinaires ou pour les « petits juges », sauf lorsque, comme ce fut le cas en Italie ou en France, la déliquescence du monde politico-administratif ou politico-économique, gangrené par la corruption, donna aux substituts, juges d'instruction et autres *pretori d'assalto* un espace de liberté dans lequel, s'appuyant sur les médias, ils réussirent à s'engouffrer. Le problème est que le juge chargé de la liberté au quotidien n'est pas un membre de la Cour suprême, un lord judiciaire, un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation ou un conseiller maître à la Cour des comptes. C'est un juge de terrain, souvent dépourvu de moyens suffisants, confronté à des problèmes prosaïques de secrétariat, de crédits, de dactylographie, de notification des jugements, de rapports avec la police et avec le milieu dans lequel il vit au plan local. Que ce « petit juge » soit appelé à protéger les libertés, et le contraste entre sa mission et ses moyens d'action prendra un relief cruel, qu'une société matérialiste, attachée aux signes extérieurs de richesse et de pouvoir, ne manquera pas de souligner de façon sarcastique. Faut-il rappeler que, dans un pays comme la France, malgré les efforts entrepris par des gouvernements et des Parlements de toutes tendances, les crédits alloués à la Chancellerie ne dépassent guère 1 % du budget de l'État ? Une justice pauvre, donc lente et peu appréciée par l'opinion, ne peut guère défendre les libertés efficacement, si sage soit-elle.

Inversement, des juges « sages », mais respectés voire enviés, tels les hauts magistrats des juridictions suprêmes des pays les plus riches, sont mieux placés pour protéger avec succès les droits de l'homme, quand ils ont à le faire. Mais ils sont soumis à une tentation à laquelle il leur est difficile de résister, celle de l'extension indéfinie de leurs compétences

et de leurs pouvoirs. Pour paraphraser à nouveau Montesquieu, décidément « incontournable », « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » ; *ergo*, toute juridiction qui a du pouvoir est portée à en abuser, en tout cas d'étendre, plus ou moins consciemment, ses attributions et les limites de son contrôle. Avec les meilleures intentions du monde, certes, et en particulier avec un souci sincère de garantir les libertés, et d'en protéger les titulaires ; toujours est-il que, de l'arrêt de la Cour suprême « Marbury v. Madison » à la décision du Conseil constitutionnel sur la liberté d'association, de l'arrêt du Conseil d'État « Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte » à celui de la Cour de Luxembourg « Costa c. ENEL », nombreux sont les exemples de juridictions souveraines qui ont interprété largement leur compétence ou l'arsenal juridique dans lequel elles pouvaient trouver des armes. Assurément, mieux vaut une telle conception de ses responsabilités de juge qu'une timidité excessive, pouvant confiner au déni de justice. Mais puisque les juridictions souveraines n'ont plus guère de bornes normatives à leur libre arbitre, leur sagesse demeure leur seul garde-fou : qu'elle vienne à se muer en *hybris*, et nul ne pourra plus assurer que les libertés sont protégées par le juge, qui pourrait devenir impunément anarchiste ou liberticide.

A ce stade, on pourrait conclure que le juge est devenu par hasard un gardien des libertés, qu'il n'a guère de légitimité à invoquer pour tenir ce rôle, et qu'il n'est même pas idéalement placé pour le faire. A supposer qu'il bénéficie du prestige social nécessaire, qu'il ait la science juridique indispensable et qu'on le dote de moyens matériels suffisants, toutes conditions difficiles à remplir simultanément, alors il risque d'hypertrophier sa fonction, et rien ne dit que l'arbitraire du juge soit moins périlleux que celui du législateur ou des bureaux.

Et pourtant, nombre de sociétés font confiance à cette institution éminemment imparfaite pour garantir ce qui fait, au plus haut degré, partie des valeurs auxquelles elles souscrivent. Cela devrait nous surprendre.

Laissons de côté, par manque de savoir, les explications sociologiques ou psychanalytiques. Le juge serait un substitut de Dieu, ou des dieux, ou au moins des prêtres. Le rituel judiciaire symbolise une certaine présence du sacré dans une société profane et rationnelle. Il n'y a pas si longtemps que les juges pouvaient condamner à mort, c'est-à-dire ordonner des sacrifices humains en expiation de crimes intolérables (et beaucoup

de pays sont encore tenacement attachés à la peine de mort, sans compter ceux dans lesquels subsistent les châtiments corporels, les amputations, la lapidation…). Et si le jury populaire a eu pour but et peut-être pour effet de désacraliser et de démocratiser la fonction judiciaire, il est loin d'être présent dans tous les procès, même dans les pays anglo-saxons.

De façon plus prosaïque, le juge est chargé de protéger les libertés parce que soit celles-ci sont menacées par des particuliers, et le juge est naturellement chargé de régler les conflits entre particuliers, soit elles le sont par la puissance publique (l'administration ou le législateur), et seul le juge peut défendre les particuliers contre la force de cette dernière. Dans le premier cas, à vrai dire, on s'interroge à peine sur la fonction du juge. Puisque la liberté, au sens de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, puisque aussi bien il appartient à la loi de fixer les bornes de la liberté, c'est au juge, dont la fonction de toute éternité est d'appliquer le droit et d'arbitrer entre les individus, de faire respecter les libertés de chacun contre les empiétements d'autrui. Qu'il protège le droit de propriété menacé par les revendications d'un voisin ou les agissements d'un locataire, qu'il fasse respecter le droit à la vie privée enfreint par un photographe ou le droit à la réputation troublé par un diffamateur, qu'il châtie l'auteur d'un enlèvement ou d'une séquestration évidemment attentatoire à la liberté individuelle, le juge civil ou le juge pénal est garant de la liberté de la victime ; mais c'est là sa mission ordinaire ; il se trouve que la victime invoque la lésion, non simplement de droits familiaux ou patrimoniaux, mais en plus d'une liberté publique garantie par l'État, quoique en l'espèce menacée par une personne privée. Il peut d'ailleurs s'agir de droits sociaux, comme dans des litiges entre employeurs et salariés à propos du droit syndical, de la liberté du travail ou du droit de grève. Mais peu importe : les protagonistes sont encore des personnes privées ; l'État est absent, sauf précisément dans sa fonction judiciaire *stricto sensu* ou dans sa fonction judiciaire de défense de l'ordre social (le ministère public) ; il n'est pas un acteur, tout au plus un arbitre ou un intervenant.

La dialectique des libertés et de la puissance publique pose davantage problème parce que, pour reprendre la célèbre définition de Max Weber, celle-ci jouit du « monopole de la violence physique légitime ». Un État hostile aux libertés de façon absolue ne reculera pas devant l'usage de ce pouvoir de contrainte contre ceux qui revendiquent l'usage des libertés. Seul un État de droit acceptera une autolimitation de ce pouvoir au nom de libertés qu'il va reconnaître et garantir. Mais il faut bien un arbitre. Il faut qu'une partie, au moins fictivement tierce entre l'État

et les individus, dise quels empiétements de celui-là sur les libertés de ceux-ci sont admissibles, par exemple parce qu'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire au respect de l'ordre public (ou des droits d'autrui), et lesquels ne sont pas admissibles, soit parce que ces droits et libertés sont absolus (par exemple le droit à ne pas subir l'esclavage ou la torture), soit parce que les empiétements sont disproportionnés, donc excessifs.

Cette partie, au moins fictivement tierce avons-nous dit, ce ne peut, dans la tradition française, être qu'un juge, et qu'un juge étatique. Le recours à la justice arbitrale, concevable et d'ailleurs en extension dans les rapports économiques ou commerciaux, n'est guère concevable quand il s'agit de régler un litige entre l'État et une personne privée touchant aux libertés publiques. De même, l'appel à des autorités administratives indépendantes n'est guère plus concevable s'il s'agit, non simplement de proposer une solution amiable comme le fait, par exemple, le médiateur de la République, mais de trancher le différend par une solution imposée aux parties au litige. C'est donc bien le juge étatique, démembrement de l'État et organe juridictionnel statuant en droit selon une procédure juridictionnelle préétablie, qui assume le redoutable honneur d'arbitrer entre une puissance publique théoriquement omnipotente et un justiciable privé théoriquement faible et démuni.

Encore faut-il que ce juge, choisi parce qu'il n'est pas l'État lui-même, à vrai dire parce qu'il ne se confond pas avec l'exécutif, remplisse certaines conditions. Il faut qu'il soit compétent (à tous les sens du terme), indépendant et impartial, efficace, enfin qu'il soit suivi, c'est-à-dire que sa sentence soit exécutée.

Le problème de la compétence ne se pose pas tellement. S'il s'agit de la compétence juridictionnelle, malgré l'émoi que provoqua la décision récente du Tribunal des conflits dans l'affaire « du cargo », on peut affirmer que la jurisprudence de celui-là est stabilisée et que les incertitudes sont peu nombreuses et sans grande gravité. Le débat récurrent sur le dualisme juridictionnel (qui, dans l'Europe des Quinze, depuis cinquante ans, a plutôt tendance à s'étendre qu'à régresser) ne nous paraît pas un vrai problème (le Conseil constitutionnel a d'ailleurs, au moins pour le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs, admis le caractère constitutionnel du dualisme), pourvu qu'on veuille admettre que ce qui est important, c'est que tout juge compétent en matière de libertés puisse les protéger de façon effective. Autrement dit, la discussion devrait être technique plus que théologique. Et s'il s'agit de la compétence des juges français au sens scientifique du terme, elle nous paraît évidemment perfectible mais globalement satisfaisante.

Qu'il faille renforcer le niveau juridique des concours d'accès à l'ENM ou à l'ENA et des autres voies d'accès à la magistrature administrative ou judiciaire, c'est certain ; mais la France supporte assez aisément la comparaison, dès à présent, avec ses voisins européens. Quant au Conseil constitutionnel, si dans leur sagesse nos institutions n'ont exigé de ses membres aucune expérience ou notoriété sur le plan juridique, les autorités investies du pouvoir de nomination ont su les choisir avec discernement ; le résultat n'est pas malheureux.

L'indépendance et l'impartialité des juridictions mériteraient un long débat. Bornons-nous à dire que, dans l'ensemble, magistrats du Siège, magistrats du Parquet (surtout depuis la réforme de 1993) et membres des juridictions administratives nous semblent soumis à des règles de recrutement, d'avancement et de discipline assez respectueuses des objectifs d'indépendance et d'impartialité de ces juges. Là encore, des progrès sont possibles et souhaitables, et il faut se garder de tout excès d'optimisme, tant la tentation est grande, pour tous les gouvernants, d'exercer sur les juges des pressions aussi discrètes que possible pour les influencer. Quant aux décisions de la Cour de Strasbourg susceptibles, par ricochet, d'inquiéter nos plus hautes juridictions administratives ou judiciaires (« Procola c. Luxembourg », « Vermeulen c. Belgique »), elles ne nous paraissent à franchement parler pas devoir entraîner de bouleversements dans leur organisation ou dans leur procédure ; la soumission aux « standards » européens n'appelle vraisemblablement que des ajustements secondaires.

Le problème le plus redoutable est celui de l'efficacité. Une justice lente est une mauvaise justice. En matière de libertés, une justice lente peut s'avérer une parodie de justice. Or, pour les raisons budgétaires déjà évoquées et/ou pour des motifs d'organisation, la justice française demeure trop lente, soit en général, soit plus particulièrement en ce qui concerne les procédures d'urgence. En matière de libertés, le sursis à exécution devrait fonctionner de façon irréprochable, un « référé liberté » devrait être institué devant toutes les juridictions appelées à statuer, les indemnités accordées aux personnes dont les libertés ont été bafouées devraient être décidées plus vite et de façon plus généreuse. La « patrie des droits de l'homme », d'ailleurs souvent condamnée par les juridictions européennes, se grandirait en ayant une justice plus efficace et plus rapide. Certes, elle n'a pas que des défauts : par exemple, l'accès aux prétoires est facile et peu coûteux, ce qui n'est pas de façon générale le cas dans un pays réputé pour son libéralisme comme la Grande-Bretagne. Mais la justice française a encore bien des progrès à accomplir.

Reste le problème de l'effectivité de ses jugements. Dans l'ensemble, les autorités administratives, pourtant à l'abri des voies d'exécution de droit commun, tendent à exécuter mieux et plus vite les jugements qui les condamnent. Les pouvoirs d'astreinte du juge judiciaire, puis depuis 1980 administratif, et les pouvoirs d'injonction de ce dernier vis-à-vis de l'administration (depuis 1995) font reculer les risques de l'inertie administrative, toujours choquante, particulièrement choquante quand une liberté est en cause. Mais, de nouveau, on n'a pas encore atteint l'impossible perfection…

A la vérité, on est tenté de conclure que la société libérale a confié au juge la défense des libertés faute de mieux. Dans un monde idéal, la loi serait suffisamment libérale pour qu'un contrôle de constitutionnalité soit inutile ; l'administration et les citoyens seraient suffisamment respectueux des lois pour que leur seule application permette à tous d'être libres ; le juge n'aurait pas à intervenir.

Le monde dans lequel nous vivons étant bien éloigné de cet idéal, le juge est indispensable et en même temps imparfait. Mais il serait injuste de ne retenir que ses imperfections. Il ne faut certes pas renoncer à les corriger, à façonner un juge encore plus compétent, encore plus indépendant, nettement plus efficace, mieux obéi de tous et d'abord de l'État. Mais il suffit d'imaginer ce que serait une société sans juges ou même une société dans laquelle le juge serait prié de ne pas se mêler de liberté. Ce serait une jungle impitoyable, livrée à la violence, à la toute-puissance de l'argent, à l'arbitraire étatique. Dans le monde réel, le juge, tel qu'il est, est un défenseur inespéré et irremplaçable de nos libertés. Pas plus que sur le pianiste, il ne faut tirer sur le juge.

RÉSUMÉ

Il paraît naturel, dans un pays comme le nôtre, que le juge protège les libertés de chacun, notamment contre le pouvoir. C'est en réalité plutôt le fruit d'un hasard historique, et en particulier d'une certaine compréhension des idées de Montesquieu. En fait, le juge n'a pas de véritable légitimité comme gardien des libertés, et il n'est pas toujours bien armé pour les défendre efficacement. Mais il fait ce qu'il peut, et son action est de toute façon irremplaçable.

ALAIN-GÉRARD SLAMA

L'ÉTAT SANS CITOYENS

QUE L'ÉTAT SOIT, EN FRANCE, à la fois omniprésent et impotent et que, parallèlement, les Français soient de plus en plus assistés et allergiques à tout pouvoir, le constat ne fait de doute pour personne. L'analyse des causes, en revanche, partage les observateurs en deux camps dont les divergences sont appelées, selon nous, à définir les contenus des politiques menées par la droite et par la gauche dans les prochaines années.

DEUX LECTURES

La crise serait, pour les uns, le prix payé pour les lourdeurs et inadaptations de la « singularité française », contenue dans l'idée républicaine. La prétention hégémonique à l'universalisme, le centralisme jacobin, le culte de la raison d'État, la confiance aveugle dans les bienfaits du dirigisme technocratique, la hiérarchisation des pouvoirs au bénéfice, selon les époques, de l'exécutif ou du législatif au détriment du judiciaire, la préférence en matière sociale pour l'égalité de droit par rapport à l'égalité réelle, le repli nationaliste sur l'« exception culturelle », tels seraient, résumés, les éléments du diagnostic qui oriente naturellement le choix des remèdes.

Décentralisation, transparence, compromis, équité (ou discriminations positives), État de droit sont les maîtres mots d'une nouvelle politique destinée, en principe, à vaincre l'emprise de l'État tutélaire en donnant la parole aux mouvements sociaux et appelée à devenir, à court terme, l'idéologie dominante, dans la mesure où elle concilie les approches européennes du libéralisme à l'anglo-saxonne et de la social-démocratie.

Un autre diagnostic tend, de façon toute différente, à considérer que les reproches adressés au modèle républicain visent en réalité ses dérives au cours des dernières décennies, et que ces dérives, liées aux conséquences de la Seconde Guerre mondiale, n'étaient nullement inéluctables, nullement contenues dans les prémisses. Pour reprendre, dans l'ordre, l'inventaire des caractéristiques de ce modèle dressé par ses critiques, si l'universalisme a conduit la République à rater sa politique coloniale, il suffit de relire ses plus profonds exégètes, de droite comme de gauche, depuis Renan jusqu'à de Gaulle en passant par Clemenceau, pour constater que ses implications, inscrites dans une conscience aiguë des situations et cultures particulières, n'étaient pas hégémoniques. Le centralisme jacobin, loin d'être inadapté à l'échelle d'un pays de dimensions moyennes, pouvait trouver son remède dans des formules de

déconcentration, assorties d'une définition de blocs de compétence que la loi Defferre sur la décentralisation n'a pas su mieux prévoir. La raison d'État pouvait s'inscrire, grâce au développement des médias, dans une dialectique qui en eût limité les abus. Le dirigisme des technocrates, apparu dans les années 1930, était voué à reculer, sur le terrain économique, devant les contraintes internationales du marché, et il s'est trouvé concurrencé, au surplus, par le pouvoir ascendant des experts, dotés d'un prestige bien supérieur. Le fait que l'autorité judiciaire ne fût pas conçue, en France, comme un pouvoir à part entière et que le ministère public fût rattaché au garde des Sceaux n'interdisait pas – comme le suggérait récemment le rapport Truche – des réformes assurant l'indépendance de l'institution et constituait une garantie contre la tentation, pour le juge, d'intervenir dans le champ du politique sans avoir la légitimité correspondante. La préférence pour l'égalité de droit par rapport à la philosophie matérialiste de l'égalité réelle a souvent, il est vrai, servi d'alibi au conservatisme ; mais les politiques sociales qui se sont prévalues du principe de l'égalité réelle ont, plus gravement, servi d'alibi à des régimes totalitaires. Quant au repli nationaliste sur l'« exception culturelle », il a toujours été le fait des ennemis de la République et n'est devenu qu'à une date récente le mot d'ordre de certains de ses partisans.

Si, selon cette lecture – qui est la nôtre –, l'État a étendu démesurément son emprise sur la société et si le peuple, cependant, rejette de plus en plus son autorité, si le modèle républicain n'a pas su s'adapter et si nous assistons, pour le dire d'une formule, au développement anarchique d'un État sans citoyens, cette dérive n'est pas due à des facteurs endogènes, mais à l'impact de facteurs externes et à l'émergence d'une

idéologie qui a pris, à peu près dans tous les domaines, le contre-pied des principes autour desquels la République française a construit ses fragiles équilibres. Pour comprendre la crise qui affecte simultanément l'État et la citoyenneté, ce sont ces principes qu'il faut d'abord rappeler.

La Fabrique du Citoyen

L'idée d'une destination humaine et la notion d'un projet de société centré sur le citoyen sont apparus en même temps que la prise de conscience de l'individu par lui-même, dans le courant du XVIIIe siècle. Non que la notion d'individu n'ait existé dès le Moyen Age. Mais celui-ci était perçu comme créé par Dieu et devant retourner à Dieu. L'homme des humanistes partait, pour se définir, de la connaissance du monde. Les moralistes des XVIe et XVIIe siècles, encore marqués par la vision chrétienne, s'inquiétaient, avec Pascal, de ce « moi haïssable » qui est « injuste en soi, en ce qu'il se fait centre de tout ». Descartes eut, dans *Les Passions de l'âme*, la prescience d'une société de citoyens dans son portrait du généreux : « Ceux qui ont cette connaissance et sentiment d'eux-mêmes se persuadent facilement que chacun des autres hommes les peut avoir aussi de soi, parce qu'il n'y a rien en cela qui dépende d'autrui. C'est pourquoi ils ne méprisent jamais personne. » Mais l'auteur des *Méditations métaphysiques* n'en estimait pas moins que mieux valait « se changer soi-même » plutôt que l'« ordre du monde ».

La révolution des Lumières est venue d'un changement de statut de ce moi, promu souverain dans un espace politique passé, de Hobbes à Rousseau et à Kant, du plan vertical des anciennes sociétés holistes au plan horizontal sur lequel se confrontent les volontés des hommes. Rien là, à l'origine, de « constructiviste » ni de prométhéen, comme les contre-révolutionnaires l'ont affirmé pour les besoins de leur cause et comme on l'entend encore professer par les philosophes et sociologues qui imputent au rationalisme des Lumières les excès du matérialisme contemporain. Cette mutation de la conscience de soi ne peut être évaluée avec précision si l'on n'observe qu'elle est apparue à la suite de la transformation de l'espace et du temps dont Paul Hazard, dans *La Crise de la conscience européenne*, a perçu les premiers signes à la fin du XVIIe siècle[1]. Les voyages, l'urbanisation, le début de la concentration de la main-d'œuvre dans les fabriques, la naissance de la machine à

1. Paul Hazard, *La Crise de la conscience européenne*, Paris, Fayard, 1989.

vapeur, l'apparition du gaz, de la chimie, de la métallurgie, enfin le doublement de la population de l'Europe en un siècle furent autant de facteurs qui obligèrent l'individu à prendre conscience de son altérité et de la menace du monde extérieur. En 1798, l'*Essai sur le principe des populations* de Malthus fut le révélateur de ces nouvelles inquiétudes. L'homme découvrait son pouvoir, mais il éprouvait aussi, du même coup, ses limites. Aussi bien les principaux penseurs politiques de la fin du XVIII[e] siècle ont-ils conçu le citoyen, la propriété et la nation, ces formes neuves de la révolution du sujet, comme autant d'expressions simultanées du pouvoir et de la limite. Kant érige l'individu en législateur, mais à l'intérieur des bornes que lui assigne l'ordre naturel.

Le rappel de cet acte de naissance est indispensable pour comprendre l'esprit de pondération et de justice qui a présidé à la construction théorique des nouveaux rapports entre l'individu et la société. La philosophie de la responsabilité, qui oblige l'individu à répondre de ses actes devant soi-même et autrui, la séparation du politique et des autres ordres, notamment le religieux, sur laquelle repose la laïcité, la restriction de la liberté aux actes qui ne nuisent pas à autrui, la construction rousseauiste du *Contrat social* et de son mythe fondateur, la volonté générale, sur la base de la notion de réciprocité (autrement dit d'égalité formelle de chacun devant le droit, les lois qui s'appliquent à moi devant s'appliquer également aux autres) découlent naturellement du souci primordial de placer l'individu au centre de la société tout en assignant à celui-ci les limites inhérentes à la nécessité de vivre ensemble. De même, le rejet des corporations et, après 1864, la reconnaissance des seules associations à caractère volontaire, qui furent d'abord les syndicats : sur cette base, rien n'a été, en principe, plus étranger à la culture syndicale française que les formules anglo-saxonnes de monopole d'embauche, *contracting in* et *closed shop*. De même, enfin, la doctrine, posée dès la Constituante, de l'assimilation de l'étranger comme individu et non comme représentant d'une religion ou d'un groupe. Ainsi se comprend que, en dépit de la trilogie « liberté-égalité-fraternité » fixée en 1848, les valeurs de liberté et d'égalité aient été continûment préférées à la fraternité, qui transforme l'adhésion volontaire en appartenance et en obligation. Dans tous les cas, l'horizon de cette philosophie politique est l'aspiration à une société dans laquelle le citoyen, réalisant en lui la synthèse de la raison et des sentiments, serait en mesure à la fois d'assumer ses responsabilités à l'égard des autres et de se choisir.

Le Moment Républicain

La force des principes fondateurs de la révolution du sujet vient de ce qu'ils ont été étayés tout ensemble sur une expérience ontologique, sur une pensée et sur un désir. Deux événements à forte charge symbolique les ont inscrits dans les comportements politiques et les pratiques sociales. Le premier fut la Révolution de 1789, telle que la perçurent Kant, Fichte et Hegel. Le second, la guerre de 1870, telle que la vécurent Renan, Ferry ou Gambetta. On ne soulignera jamais assez, de ce point de vue, l'importance des relations franco-allemandes dans la formation des deux modèles nationaux les plus opposés d'Europe : l'Allemagne, dont le ressort est communautaire, fut une nation qui a trouvé son État – un État longtemps précaire – grâce à son antagonisme avec la France ; la France, dont l'individualisme trouve ses origines dans la parcelle, fut et demeure un État à la recherche d'une nation – une nation non moins précaire qui, après la disparition de l'absolutisme, a appuyé son unité sur une construction idéologique tournée contre le modèle allemand. N'est-ce pas là une des raisons pour lesquelles la mémoire de la défaite de 1940 et de ses conséquences demeure si obsédante, à l'heure où se défont les forces unificatrices qui ont caractérisé le moment républicain ?

Dans le nimbe d'incertitude qui entoure aujourd'hui la notion de République, invoquée aussi bien par une certaine gauche jacobine que par la droite conservatrice et par l'extrême droite bonapartiste, la tendance est à revenir à l'acception romaine du terme, à reconnaître d'abord dans celui-ci un principe d'autorité, ou encore à invoquer la mémoire de l'absolutisme et du colbertisme, décrits comme un étatisme arbitraire, en oubliant le fait, souligné par Blandine Kriegel, qu'en France les légistes des XVI^e^ et XVII^e^ siècles, de Bodin à Domat, furent des adversaires du droit romain et les fondateurs de la notion d'État de droit.

L'idée républicaine renvoie en réalité à une expérience historique privilégiée, confortée par la hantise de la menace allemande et morte, en 1918, de sa victoire, mais dont les schèmes universels, inspirés de Rousseau, ressuscités par de Gaulle sous l'Occupation et remis sur le métier par celui-ci après 1958, peuvent être résumés d'une phrase : la recherche des conditions d'organisation de la société les plus favorables à l'affirmation de la liberté de l'individu et de son corollaire, la responsabilité, face à la tentation totalitaire.

Ces schèmes forment un tout, aussi remarquable par sa cohérence que par son souci de prendre en charge les passions sociales, de ne pas

s'enfermer dans la pure raison. On se bornera ici à les énumérer. Ce sont la nation, non close mais ouverte, définie comme la condition de l'indépendance et, par là même, comme le creuset d'une culture librement partagée. Ainsi Renan a-t-il décrit la nation, en réponse aux historiens allemands, à la fois comme une volonté, un « plébiscite de tous les jours », et une responsabilité – un composé de mémoire commune et d'oubli des offenses passées. C'est la religion civile de la laïcité, au sens où l'entendait Rousseau, c'est-à-dire la loi des hommes et la tolérance sacralisées. Ce sont l'école – consacrée à la transmission d'un patrimoine commun reconstruit, mais aussi au développement individuel de l'esprit critique –, le service militaire et la promotion sociale, comme creusets de l'assimilation des membres de la nation, de leur inscription dans l'espace et dans la durée : le *jus soli*, étranger au Code civil de 1804 et justifié par la conscription sous l'Ancien Régime comme sous le Second Empire, a trouvé dans ce cadre sa signification de fondement juridique d'une philosophie individualiste de la nationalité.

C'est – pour poursuivre l'inventaire – la soumission de la justice à la loi issue de la volonté générale, dans le but (aperçu, au XVIII^e siècle, par Montesquieu lui-même) d'éviter l'émiettement de la société civile en unifiant le droit. C'est, pour la même raison, la reconnaissance de droits et de l'égalité des droits aux seuls individus, et non aux groupes. Dans le domaine de la solidarité, c'est l'assurance sociale, conçue, à partir de la loi sur les accidents du travail de 1898, comme un instrument de protection contre les risques sociaux, mais aussi, à travers la cotisation, comme un moyen de responsabiliser les acteurs. C'est, corrélativement, la préférence pour la sanction, qui traite l'individu en adulte, par rapport à la prévention, qui prend le citoyen par la main et l'infantilise. C'est enfin la redistribution, destinée, à partir de la mise en place de l'impôt progressif sur le revenu, à sauvegarder le lien social en évitant la marginalisation des individus situés en bas de l'échelle comme à son sommet.

Bien entendu, ce modèle, dans son élaboration, n'est pas allé sans lacunes ni bavures. L'État républicain a laissé se développer, sous le régime des partis, une administration qui s'est enfermée dans des forteresses syndicales et qui, au nom du service public, a développé une logique paperassière et pris l'habitude d'imposer au gouvernement, sinon ses intérêts corporatifs, en tout cas ses habitudes de pensée. La doctrine de cet État, conçue par des générations qui voyaient l'avenir sous la forme de la petite propriété et non du salariat, n'a pas su faire de place à l'économie, sinon comme un moyen d'assurer la cohésion

sociale – bien qu'il n'existe aucune incompatibilité fondamentale entre la reconnaissance des lois économiques du marché et deux des principaux piliers de sa philosophie : d'une part la responsabilité, d'autre part la séparation des ordres. Sa représentation du progrès était d'abord civique et scientifique. Les notions d'expansion et d'abondance lui étaient étrangères, voire lui faisaient peur.

Nul doute également que, dans le domaine judiciaire, en dépit de l'inamovibilité de la magistrature, le traitement des budgets, des carrières et des décorations ait favorisé de véritables mises au pas. La doctrine de l'assimilation a servi d'autant plus aisément de paravent à des rejets xénophobes ou racistes que les étrangers assimilés ont acquis, grâce à la promotion sociale, une visibilité qui les désignait au ressentiment populiste et que la France a été, pendant deux siècles, le seul grand pays d'Europe à être terre d'immigration. Enfin, s'il est vrai que le vote des femmes a été retardé par le conservatisme de la droite, par les craintes de la gauche de renforcer ainsi, à son détriment, les rangs de l'électorat catholique et par la méfiance des syndicats à l'égard de concurrentes sur le marché du travail, il est probable que ce retard s'explique aussi par le poids d'une culture individualiste qui a rendu l'organisation des mouvements féministes beaucoup plus précaire qu'en Grande-Bretagne ou aux États-Unis – mais qui, comme l'a montré Mona Ozouf, a heureusement empêché, en contrepartie, le deuxième sexe de se définir par sa spécificité et favorisé le niveau d'éducation des femmes le plus élevé des nations développées.

Quelles que fussent ces insuffisances, la logique mise en place par les pères de la République n'était pas, pour autant, vouée à donner le jour à une société bloquée. L'équilibre réalisé par celle-ci entre l'individu et l'État se sera révélé l'un des plus efficaces pour empêcher les dérives totalitaires et préserver l'esprit de liberté. Les modalités d'application des schèmes républicains pouvaient être modifiées sans que les principes – laïcité, primauté de la loi, égalité des individus devant le droit, séparation des ordres, préférence pour la sanction par rapport à la prévention – fussent pour autant remis en cause. Or, depuis quelques années, ces principes n'ont pas été seulement remis en question. Ils ont été inversés.

L'Inversion d'un Modèle

La laïcité, inversée par les communautarismes, dont chacun revendique ses statuts et privilèges ; la primauté de la loi, inversée au nom de la hiérarchie des normes (alors que la notion n'est pas moins mythique que

la volonté générale, et au risque de l'arbitraire des juges) ; l'égalité devant le droit et son fondement, la réciprocité, inversés par la banalisation des pratiques de discrimination positive ; la séparation des ordres, reniée par l'idéologie de la transparence, qui amuit la frontière entre le public et le privé, et par la primauté absolue donnée, selon les camps, à l'économique (le marché) ou au social (à travers l'équité et le changement de nature du mot « citoyen », employé tous azimuts comme adjectif en dépit du fait que le dictionnaire de Robert ne le reconnaît pas comme tel, et que Littré en fournit seulement deux occurrences) ; la préférence pour la sanction, inversée en préférence pour la prévention, en propension à réglementer les comportements qui causent à autrui, selon l'expression de John Stuart Mill, « un simple déplaisir », voire à banaliser des pratiques aussi dégradantes pour la dignité de la

personne humaine que le test génétique : s'il est une explication de la dépendance croissante du citoyen par rapport à un pouvoir de plus en plus impuissant et de plus en plus rejeté, c'est à notre avis dans ce renversement du modèle républicain qu'il faut la trouver.

Les causes du phénomène sont patentes. La mondialisation a contribué à aggraver le scepticisme de l'opinion quant à l'efficacité des États nationaux. Du coup, l'intérêt commun est devenu obscur. Le mythe de la volonté générale ne fonctionne plus. Le consentement du citoyen à la loi s'est trouvé d'autant plus amoindri que ce dernier n'attend plus guère de contrepartie aux sacrifices que le respect des règles implique. Parallèlement, l'intrusion du droit européen dans le droit français a atteint indirectement la légitimité de la représentation parlementaire en désacralisant la loi. Enfin, le renouveau des peurs fin de siècle, aggravé par la mémoire mythique des angoisses millénaristes (destruction de la planète, grandes épidémies, invasions barbares, révolte des gueux), a suscité un besoin de sécurité qui confine à une véritable religion de la vie, comme on a pu le constater, en 1992, au sommet écologique de Rio. Loin d'apaiser ces craintes, la faillite financière de l'État-providence les a exaspérées.

Les conséquences de cette double crise – crise de l'État et crise des fondements classiques de la citoyenneté – font, on le signalait en commençant, l'objet d'interprétations divergentes. D'un point de vue libéral à l'anglo-saxonne ou social-démocrate de type rhénan, nous vivrions, en fait, une phase de transition tendant, au prix d'un certain désordre, à une redistribution « plurielle » des centres de légitimité et des responsabilités au bénéfice de la société civile. Le changement technique, les progrès exponentiels de l'information qui accompagnent la

sensibilité neuve des mentalités à d'autres problèmes sonneraient l'heure d'une autre démocratie, décentralisée, utilisant, selon la règle de la subsidiarité, « les intelligences locales et les réseaux ». Dans cette nouvelle phase de recomposition, les équilibres défaits de la solidarité sociale devraient être mesurés par des évaluations permanentes et compensés, au besoin, par des discriminations positives. Le pouvoir judiciaire se substituerait à l'État défaillant pour imposer aux nouveaux acteurs le respect d'autres règles du jeu.

Mais n'assistons-nous pas, avec cette synthèse de contractualisme à l'américaine et de compromis social-démocrate, à l'avènement d'une utopie néo-saint-simonienne de l'expertise et de la norme juridique, plus directive, sinon dirigiste, que le centralisme technocratique dont elle serait censée prendre la relève ? La question est de savoir si le nouvel ordre attendu de la crise de l'État n'aboutirait pas à aggraver le poids de celui-ci, à étendre sans limites un contrôle social dont nous percevons déjà les effets et à exclure du jeu, tout en les soumettant totalement à l'emprise des normes, les individus – en fait la majorité – qui ont le malheur de n'appartenir à aucun groupe, à aucun réseau. Les principales périodes de crise du XX^e^ siècle, autour de 1900 puis de 1930, ont été porteuses de rêveries de cet ordre, qui se sont toutes révélées totalitaires. L'illusion, dans tous les cas, est de prétendre étayer un consensus social sur la reconnaissance d'une morale positive, comme si les valeurs universelles pouvaient être instrumentalisées dans un sens utilitaire – le capitalisme, considéré comme « moral », la codification du harcèlement sexuel, mise au service de la bonne gestion de l'entreprise, etc. –, au détriment de l'autonomie des consciences. L'illusion est aussi de croire possible de ramener les rapports de droit, qui reposent d'abord sur des représentations morales, à des problèmes d'organisation. Elle est enfin de croire qu'on puisse plaquer impunément sur une vieille culture des solutions empruntées à d'autres modèles. C'est ainsi que l'État-providence se commue, depuis une vingtaine d'années, en un État préventif qui, pour codifier jusqu'aux sources de nos comportements, retrouve spontanément les moyens de surveillance du panoptique de Bentham.

Face à ce diagnostic de rupture et à ses dangers, nous en proposons un autre, qui peut paraître, au premier abord, plus pessimiste, mais qui, en fait, privilégie les continuités culturelles et qui laisse ainsi toutes leurs chances aux adaptations nécessaires. Le processus dont nous sommes les témoins est en réalité une réaction en boucle, liée à la crise de l'État-nation. L'individu abstrait n'ayant pas plus de réalité que l'état de nature, la disparition des fondements nationaux du lien social entraîne

des mouvements inévitables de repli des citoyens, frustrés de leur citoyenneté, vers d'autres références, d'autres appartenances. Ainsi se comprend, selon nous, la diffusion d'un « individualisme tribal » fait de revendications catégorielles, corporatistes et communautaires, dont l'analyse serait un autre sujet : quand la nation s'amuit, restent la religion, la race et l'identité. Du coup se produit à l'égard de l'État, de la part des groupes, et par le jeu naturel des frustrations relatives, une surenchère de demandes sociales qui se traduit, au sommet, par la multiplication de discriminations positives ou de codes préventifs et, à la base, par des tensions dont l'inflation du droit, qui repose sur la plainte, voire la dénonciation, plutôt que sur le recours, et qui s'empare même des enjeux de mémoire, n'est pas la régulatrice, mais le symptôme.

On imagine mal, compte tenu de l'évolution des mentalités, que

l'État puisse être refondé à partir du sommet par un législateur comparable au de Gaulle de 1958. On peut en revanche croire possible une refondation de l'individualisme universaliste qui imprègne si profondément la culture républicaine française, à travers l'école, le débat politique et le droit. Ni l'unité européenne, ni les lois du marché, qui se bornent à l'économie, ne sont des obstacles à cette entreprise. Ainsi seulement aura-t-on une chance de voir renaître ensemble un État fort et un citoyen capable de lui résister. Que la politique retrouve sa pertinence, et elle reconquerra sa légitimité.

RÉSUMÉ

La dépendance croissante du citoyen par rapport à un État de plus en plus envahissant et de plus en plus contesté trouve sa source dans la crise du modèle républicain. Cette crise se caractérise par le renversement des principes individualistes – laïcité, primauté de la loi, égalité des individus devant le droit, séparation des ordres, préférence pour la sanction par rapport à la prévention – qui ont cherché à fonder, depuis deux siècles, l'autonomie d'un citoyen actif et responsable. Elle débouche sur une réaction en chaîne de replis communautaristes, corporatistes, identitaires et, de la part de ces groupes, sur une surenchère de demandes sociales qui aggravent les conflits et les dépendances. La politique doit renouer avec les principes fondateurs de la citoyenneté républicaine pour retrouver sa légitimité.

BERNARD STIRN

L'ÉTAT DES LIBERTÉS : BILAN CRITIQUE

EN MATIÈRE DE LIBERTÉS, rien n'est jamais acquis. Par nature fragiles, les libertés méritent une attention constante. Et les questions qu'elles posent se renouvellent sans cesse : à peine un combat est-il gagné que surgit un nouveau débat. Aujourd'hui en particulier, les incertitudes et les aspirations s'orientent volontiers vers des interrogations sur les libertés : l'indépendance de la justice, l'école et la laïcité, la liberté de la communication et le respect de la vie privée, la sauvegarde de l'identité de la personne devant les progrès de la médecine et de la biologie, l'intégration des étrangers sont des thèmes de forte actualité.

Dans une société à la recherche de ses valeurs, l'évolution des lois reflète les hésitations des esprits. D'un côté, notre démocratie républicaine garantit les droits fondamentaux et a même singulièrement développé les protections qu'elle leur assure, sous l'influence combinée d'une meilleure reconnaissance internationale des droits de l'homme, d'exigences constitutionnelles davantage affirmées, d'un souci renforcé de la liberté individuelle. Mais d'un autre côté, au fur et à mesure que des étapes nouvelles sont franchies, la route se prolonge, vers une destination de plus en plus incertaine. Les repères se brouillent entre la recherche d'une justice indépendante et le spectre des parlements de l'Ancien Régime, entre les progrès prometteurs de la science et la vision d'un individu mécanisé, conditionné, cloné, entre l'affirmation de l'irréductible dignité de la personne et la revendication des appartenances communautaires. Ainsi des libertés vivantes et de mieux en mieux protégées au travers des progrès de l'État de droit sont-elles toujours matière à débats.

I. Des Libertés Vivantes

Après des fluctuations qui ont épousé les flux et reflux de la démocratie dans l'histoire constitutionnelle, les droits fondamentaux, proclamés dès la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ont été définitivement consolidés par les grandes lois de la III^e^ République. Constituant le cœur des libertés, ils s'enrichissent d'une pratique vivace. Particulièrement caractéristiques à cet égard sont les libertés d'association, de manifestation et de communication.

La vie associative

La reconnaissance de la liberté d'association ne date que du début de ce siècle et ne fut pas acquise sans arrière-pensées : la loi du 1^er^ juillet 1901
100 est adoptée pour lutter contre les congrégations autant que pour asseoir une liberté fondamentale. Ce droit à la gestation difficile et à la naissance ambiguë n'en est pas moins devenu la liberté la plus pratiquée et la mieux protégée.

Vingt millions de Français adhèrent à l'une au moins des quelque 800 000 associations déclarées qui, avec un budget d'environ 240 milliards de francs, emploient un million et demi de salariés et mobilisent 570 000 bénévoles. 60 000 associations nouvelles sont créées chaque année – alors qu'il ne s'en constituait que quelques centaines par an avant 1914 et que le seuil des 10 000 créations annuelles n'a été franchi qu'en 1963. Dans les domaines de l'action sociale, de la vie culturelle, de l'animation sportive, les associations occupent un rôle central. De plus en plus, la liberté d'association s'exerce au-delà des frontières : 20 000 organisations non gouvernementales développent des actions internationales de caractère humanitaire.

Garanti au niveau le plus élevé des normes juridiques, le droit d'association a contribué à la reconnaissance constitutionnelle des libertés publiques. C'est à son sujet que le Conseil d'État a pour la première fois fait application en droit positif de l'affirmation par le préambule de la Constitution de 1946 des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris). Dans sa décision du 16 juillet 1971, pierre fondatrice du contrôle au fond de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel censura, comme contraire à ce même principe fondamental de liberté d'association, des dispositions législatives qui organisaient, lors de la déclaration d'une association, un contrôle préalable de l'autorité judiciaire sur saisine du préfet.

Par sa souplesse, le droit d'association présente aussi des dangers, notamment s'il est utilisé pour organiser des circuits financiers douteux. Pierre-Patrick Kaltenbach a dénoncé les « associations lucratives sans but ». Une vigilance particulière s'impose pour protéger une générosité publique qui se mobilise aujourd'hui volontiers. Les malversations de l'ARC sont ainsi à l'origine de la loi du 7 août 1991 qui impose une déclaration avant toute collecte publique et prévoit le contrôle de la Cour des comptes sur l'utilisation des fonds.

Manifestation et vie publique

Droit traditionnel, dérivé de la liberté de réunion consacrée par la loi du 30 juin 1881, le droit de manifestation demeure un important moyen de participation à la vie publique, alors même que les techniques de communication offrent bien d'autres moyens d'expression.

A plusieurs reprises, la vie politique contemporaine a été marquée et même infléchie par des manifestations. A Alger comme à Paris, les manifestations ont ponctué la guerre d'Algérie. Mai 1968 est un mois de manifestation. L'éducation des jeunes a été ces dernières années un thème particulièrement mobilisateur. Bien des revendications professionnelles, exprimées par les chauffeurs routiers, les infirmières, les agriculteurs, les pêcheurs s'appuient également sur des manifestations.

Au-delà des revendications, la manifestation tend de plus en plus à exprimer un soutien collectif à des valeurs communes. En France comme dans les pays voisins, les grands rassemblements deviennent avant tout des témoignages, comme les manifestations d'ampleur exceptionnelle qui ont suivi, en Espagne, l'assassinat par l'ETA, le 12 juillet 1997, du jeune conseiller municipal Miguel Angel Blanco. Que l'on songe, en ce même été 1997, aux Journées mondiales de la jeunesse ou aux obsèques de Diana, ils expriment tantôt l'espoir et la foi, tantôt l'émotion et le deuil. Ils peuvent également, avec l'Europride, révéler la recherche d'une identité ou, en tout cas, d'une reconnaissance.

Les manifestations ont aussi leurs dangers. On se souvient du décès tragique de Malik Oussekine à la suite des violences qui ont suivi la manifestation étudiante du 26 novembre 1986. L'incendie, le 4 février 1994, du Parlement de Bretagne, à Rennes, a profondément marqué les esprits. Il a été suivi de l'adoption de la loi du 21 janvier 1995, qui a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de reconnaître, dans sa décision du 18 janvier 1995, le caractère constitutionnel du droit de manifester.

Journaux, radios, télévision

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout homme peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas proclamés par la loi », proclame l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme. Ces principes ont donné à la liberté de communication un socle sur lequel le législateur et le Conseil constitutionnel ont édifié des garanties d'une particulière solidité.

La loi sur la presse du 29 juillet 1881 affirme en son article 1er que « la librairie et l'imprimerie sont libres ». Un peu plus d'un siècle plus tard, la formule est appliquée à l'audiovisuel par l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986, aux termes duquel « la communication audiovisuelle est libre ». Deux décisions du Conseil constitutionnel, des 10 et 11 octobre 1984 pour la presse, du 18 septembre 1986 pour l'audiovisuel, soulignent la portée des droits garantis par la loi. En 1984, le Conseil constitutionnel juge que la liberté de la communication mérite une protection d'autant plus forte qu'elle est la condition des autres droits et libertés. En 1986, il fait du pluralisme des courants d'expression un objectif de valeur constitutionnelle et impose au législateur d'édicter les prescriptions nécessaires pour atteindre cet objectif.

Dans ce cadre exigeant, les règles destinées à éviter les concentrations excessives, la fin du monopole de l'État sur les ondes, la mise en place d'une autorité administrative indépendante de régulation de l'audiovisuel ont singulièrement renouvelé les conditions d'exercice de la liberté de la communication. Sans doute les étapes à franchir ont-elles été marquées par des hésitations, dont le témoignage le plus net se trouve dans la succession des trois autorités de régulation, la Haute Autorité (1982), la CNCL (1986), le CSA (1989). Sans doute également les concentrations et la réduction des tirages pour la presse écrite, les quotas et l'adaptation aux progrès techniques pour l'audiovisuel entraînent-ils des difficultés de tous les jours. La voie n'en reste pas moins celle d'une liberté de la communication dont les garanties renforcées témoignent de la vitalité de ses acteurs.

II. L'État de Droit en Progrès

A la pratique vivante des droits fondamentaux s'ajoute un approfondissement de l'État de droit auquel contribuent les impératifs constitutionnels, les garanties internationales et les efforts du législateur.

La Constitution, charte des libertés

Outre l'organisation des pouvoirs publics, la constitution proclame traditionnellement, surtout lorsqu'elle est assortie d'un préambule, des droits fondamentaux. Mais ces principes généraux sont longtemps demeurés sans véritables effets de droit positif. Il en va bien différemment aujourd'hui : le Conseil constitutionnel, s'affirmant comme juridiction constitutionnelle, a dégagé un bloc de constitutionnalité étendu, à partir duquel il veille avec exigence à la protection des droits et libertés.

Nul en 1958 n'aurait pu prédire l'évolution du Conseil constitutionnel. Conçu comme une institution chargée de veiller à ce que le Parlement, reprenant ses habitudes anciennes, ne vienne pas empiéter sur les prérogatives conférées au gouvernement par la nouvelle Constitution, il apparaissait investi d'une mission de nature technique, centrée sur la question du domaine de la loi et du règlement, et exercée au profit de l'exécutif.

Mais, très vite, le Conseil constitutionnel sut se comporter comme une juridiction, bâtissant progressivement une jurisprudence cohérente. A partir de sa décision du 16 juillet 1971, il contrôle les lois sur le fond et définit le bloc de constitutionnalité qu'elles doivent respecter. Celui-ci comprend la Constitution, toute la Constitution, y compris son préambule : la Déclaration des droits de l'homme, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps prennent pleine valeur constitutionnelle. Des principes et des objectifs à valeur constitutionnelle s'ajoutent à ces prescriptions qui découlent du texte constitutionnel. Le Conseil constitutionnel dispose d'une marge d'appréciation importante pour définir les contours de ces principes et, plus encore, pour apprécier la conformité des lois à leurs indications.

Depuis que la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 a élargi sa saisine à soixante députés et soixante sénateurs, il joue pleinement son rôle de cour constitutionnelle. Sa jurisprudence conforte les libertés d'une double manière. D'une part, les droits et libertés occupent une place centrale dans le bloc de constitutionnalité. D'autre part, il fait preuve d'une grande vigilance à l'égard des prescriptions législatives qui les concernent. Il affirme ainsi que la liberté est la règle et que toute restriction qui lui est imposée doit être justifiée par le souci de préserver l'ordre public ou d'autres objectifs de valeur constitutionnelle. Introduisant un « effet cliquet », il interdit au législateur de revenir en arrière en matière de droits fondamentaux : la loi ne peut réduire les garanties dont bénéficient les droits constitutionnellement protégés.

Au regard des acquis qui résultent de cette évolution, les particularités que conserve la justice constitutionnelle « à la française » n'appellent que peu de réserves. Si la nomination des membres du Conseil constitutionnel est entièrement laissée à la discrétion des autorités politiques, sans qu'aucune compétence particulière soit requise, ni la capacité juridique ni l'impartialité du Conseil n'ont été vraiment contestées. La procédure demeure certes largement secrète, mais quelques ouvertures ont déjà été réalisées et peuvent être complétées. Enfin, les citoyens n'ont pas directement accès à la justice constitutionnelle puisque la réforme visant à l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité n'a pas abouti. Mais cela n'empêche guère le Conseil constitutionnel de jouer pleinement son rôle : dans les différentes branches du droit, les principes constitutionnels s'affirment.

Droits fondamentaux et « contrôle de conventionnalité »

Affirmée par l'article 55 de la Constitution, la supériorité des traités sur les lois a conduit les juridictions judiciaires (Cass., 24 mai 1975, Administration générale des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre) puis administratives (CE, 20 octobre 1989, Nicolo) à reconnaître qu'elles devaient écarter l'application des lois, même plus récentes, contraires à un traité international.

Cette jurisprudence relative à la hiérarchie des normes a des conséquences en matière de libertés. D'importants traités internationaux, et d'abord la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissent en effet les droits fondamentaux, dans des termes qui rappellent les principes constitutionnels. Le nouveau contrôle de conventionnalité n'est pas sans lien – l'expression même en témoigne – avec le contrôle de constitutionnalité. Il est significatif que la première application marquante de la jurisprudence Nicolo ait été le constat par le Conseil d'État de la compatibilité de la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse avec les exigences de la convention européenne (21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques).

De plus en plus présente en droit interne, la Convention européenne des droits de l'homme entraîne des évolutions de jurisprudence, conduisant par exemple la Cour de cassation a reconnaître aux transsexuels la possibilité de changer d'état civil (arrêt du 11 décembre 1992) ou le Conseil d'État à exiger que les juridictions disciplinaires siègent en audience publique (14 février 1996, Maubleu). D'autres traités, notamment les pactes des Nations unies de 1966 sur les droits civils et

politiques et sur les droits économiques et sociaux, ou la convention de 1990 sur les droits de l'enfant, contiennent également des stipulations générales qui peuvent être invoquées devant les juridictions nationales.

Conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle la Cour de justice des communautés européennes se référait déjà, a rejoint le droit de l'Union européenne en vertu de l'article 2 du traité de Maastricht, qui stipule : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. » Sous l'effet conjugué des traités, de la jurisprudence des juridictions européennes et de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, l'Europe en construction est aussi celle des droits de l'homme.

La loi et les libertés

La loi concourt au progrès de l'État de droit. Parfois elle est liée à une impulsion politique déterminée. Après l'élection présidentielle de 1981, de nombreuses lois d'exception disparaissent : la Cour de sûreté de l'État (4 août 1981) et la justice militaire en temps de paix (21 juillet 1982) sont supprimées, il est mis fin au régime particulier des associations étrangères (9 octobre 1981), la loi anticasseurs est abrogée (23 décembre 1981). Parallèlement, la loi du 4 août 1982 développe les droits des salariés dans l'entreprise.

Mais des réformes qui touchent à des droits fondamentaux se poursuivent dans la durée et sous des majorités d'inspiration différente. Elles portent sur des questions qui concernent aussi bien l'organisation publique que les droits individuels.

La politique de transparence administrative engagée avec la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, puis les lois sur l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978), les archives (3 janvier 1979) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979), est complétée par la réforme des enquêtes publiques (loi du 12 juillet 1983), par des mesures propres à l'information sur les actes des collectivités locales (loi du 6 février 1992), enfin par la création d'une commission nationale du débat public (loi du 2 février 1995).

En matière électorale, le principe d'égalité devant le suffrage, fortement réaffirmé par le Conseil constitutionnel (décisions des 28 novembre 1982 et 8 août 1985), est mis en œuvre par la loi à l'occa-

sion du nouveau découpage des circonscriptions tandis que le financement des campagnes électorales et des partis politiques est clarifié par une série de lois adoptées de 1988 à 1995.

S'agissant du droit à la vie, la loi sur l'interruption volontaire de grossesse du 17 janvier 1975 est suivie, vingt ans après, par les lois des 25 et 29 juillet 1994, qui tracent un cadre juridique d'ensemble aux questions de bioéthique et donnent au Conseil constitutionnel l'occasion d'affirmer, dans sa décision du 27 juillet 1994, le « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».

Le droit pénal connaît également des réformes profondes. Après l'abolition de la peine de mort (9 octobre 1981), une refonte d'ensemble est engagée, qui aboutit, le 1er mars 1994, à l'adoption du nouveau code pénal, tandis que la procédure est rénovée, avec notamment la suppression des « privilèges de juridiction ».

Au cours du dernier quart de ce siècle, l'œuvre législative qui a ainsi été accomplie dans le domaine des libertés est sans doute la plus dense depuis les débuts de la IIIe République.

III. Les Débats en Cours

Parmi les débats d'aujourd'hui sur les libertés, deux vont occuper la scène politique et parlementaire dans les prochains mois : la situation des étrangers, le statut de la magistrature. Deux suscitent davantage des interrogations qui appellent la réflexion : le respect de la vie privée, les dangers du communautarisme.

L'intégration des étrangers

3 600 000 étrangers environ vivent en France. D'importantes évolutions du droit public ont consolidé leurs droits fondamentaux. En des termes identiques, le Conseil d'État (30 juin 1989, Ville de Paris) et le Conseil constitutionnel (décisions du 22 janvier 1990 et du 13 août 1993) ont jugé que les étrangers qui résident régulièrement en France bénéficient des mêmes droits sociaux que les Français. Le régime des libertés publiques s'applique lui aussi de la même manière aux Français et aux étrangers. Depuis l'abrogation de la législation particulière appliquée aux associations étrangères par la loi du 9 octobre 1981, la seule différence à cet égard concerne les publications étrangères ; encore la jurisprudence vient-elle de renforcer les garanties en ce domaine, un entier contrôle étant désormais exercé par le juge sur le bien-fondé des interdictions de publications étrangères (CE, 9 juillet 1997, Association EKIN).

En matière de refus de séjour et de mesures d'éloignement, reconduite à la frontière ou expulsion, les exigences du Conseil constitutionnel ont été complétées par une jurisprudence du Conseil d'État qui assure le respect tant des procédures que des droits fondamentaux. En particulier, le droit de mener une vie familiale normale, reconnu comme principe général du droit par l'arrêt GISTI du 8 décembre 1978, est protégé en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, garantissant le respect de la vie privée et familiale, joue un rôle central dans ce contentieux depuis l'arrêt de principe Belgacem du 19 avril 1991. Dans le même temps, le droit de l'extradition s'est renouvelé, avec l'introduction d'un entier contrôle du juge administratif (CE, 24 juin 1977, Astudillo Calleja), qui s'exerce sur les décrets d'extradition comme sur le refus de prendre un tel décret (1er octobre 1993, Royaume-Uni ; 14 décembre 1994, Gouvernement suisse), et l'ouverture devant la Cour de cassation d'un recours permettant de contester la régularité de la procédure suivie devant la chambre d'accusation (Cass., 17 mai 1984, Pietro Dore). Après l'abolition de la peine de mort et la ratification du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui en interdit le rétablissement, le Conseil d'État juge contraire à l'ordre public français l'extradition d'un étranger qui risque une telle condamnation (27 février 1987, Fidan ; 15 octobre 1993, Mme Aylor).

Alors que le Conseil constitutionnel affirme le caractère constitutionnel du droit d'asile (décision du 13 août 1993), la protection des réfugiés est renforcée par le Conseil d'État, qui interdit l'extradition d'un réfugié vers son pays d'origine (1er avril 1988, Bereciartua-Echarri), reconnaît le droit temporaire au séjour du demandeur d'asile (13 décembre 1991, Dakoury), juge qu'un principe d'unité familiale impose d'accorder le statut au conjoint et aux enfants mineurs d'un réfugié (2 décembre 1994, Mme Agyepong).

Cet ensemble jurisprudentiel s'est construit dans une instabilité législative qui témoigne des débats politiques et des incertitudes de l'opinion. Une vingt-septième réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 va être examinée par le Parlement en même temps qu'une modification des règles d'acquisition de la nationalité définies, à la suite des travaux de la commission de la nationalité, par la loi du 22 juillet 1993. Quels que soient les choix de chacun, un droit moins mouvant est nécessaire à une intégration des étrangers qui répond à nos traditions profondes.

L'indépendance de la justice

Au fur et à mesure que le recours au juge se développait, le débat sur l'indépendance de la justice s'est amplifié, traduisant un malaise persistant dans les relations des juges et de la société.

Les exigences ont été fortement énoncées par la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980, qui affirme que le principe constitutionnel d'indépendance des juridictions découle, pour les juridictions judiciaires, de l'article 64 de la Constitution et, pour les juridictions administratives, d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Des garanties renforcées étaient en même temps prévues. Pour la juridiction administrative, la loi du 6 janvier 1986 consacre l'inamovibilité des magistrats et crée le Conseil supérieur des tribunaux administratifs, puis la loi du 31 décembre 1987 transfère la gestion des tribunaux

administratifs et des nouvelles cours administratives d'appel du ministère de l'Intérieur au Conseil d'État. En matière judiciaire, la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 crée d'une part la Cour de justice de la République et réforme d'autre part le Conseil supérieur de la magistrature, en modifiant sa composition et en accroissant ses compétences.

De nouvelles réformes sont néanmoins en préparation, qui concerneront sans doute les règles constitutionnelles. Mais, au-delà des questions institutionnelles, le malaise est plus profond. Une de ses causes tient à l'insuffisance des moyens de la justice, dont le budget représente à peine 1,5 % du budget de l'État. De trop longs délais de jugement et un certaine morosité des magistrats découlent de ce manque de ressources. Mais il y a aussi une opinion trop avide de procès, prompte à réclamer des juges comme à les dénigrer, et il y a également des magistrats qui parfois doutent de leur mission et manquent de confiance dans les institutions auxquelles ils appartiennent pourtant. La justice et la société ont encore du mal à bien vivre ensemble.

Liberté individuelle et vie privée

En inscrivant à l'article 9 du Code civil que « chacun a droit au respect de sa vie privée », la loi du 17 juillet 1970 témoigne du souci de renforcer les protections en la matière. Elle est aussi révélatrice des inquiétudes du temps présent : dans un monde fortement médiatisé, les progrès des moyens de communication font de la vie privée le point fragile de la liberté individuelle.

Plusieurs interventions du législateur ont encadré les techniques les plus dangereuses : loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, loi du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques, qui fait suite à l'arrêt

Kruslin du 24 avril 1990, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme avait constaté l'insuffisance du dispositif français précédemment en vigueur, loi du 21 janvier 1995 sur la vidéo-surveillance. Dans le même temps, une législation des contrôles d'identité se met progressivement en place sous le contrôle vigilant du Conseil constitutionnel. Ces différents textes ont apporté des réponses inégalement convaincantes aux questions soulevées : si, dans le domaine de l'informatique, la loi française a permis l'instauration de fortes garanties dont s'inspire aujourd'hui le droit communautaire, la situation est moins satisfaisante pour ce qui concerne les écoutes téléphoniques. Mais sans doute les progrès sont-ils désormais affaire de pratique et de temps plus que de textes.

C'est au regard de la curiosité des médias que la protection de la vie privée est la plus fragile. L'accident tragique qui a coûté la vie à la princesse Diana sera peut-être l'occasion d'une prise de conscience, nécessaire pour mettre fin à ce « carnaval des hypocrites » dénoncé par Albert du Roy.

La liberté individuelle est également au cœur de nombreux débats de la vie quotidienne. C'est en confirmant la légalité d'arrêtés municipaux qui avaient interdit les spectacles de « lancer de nains » que le Conseil d'État juge que l'ordre public comprend le respect de la dignité de la personne humaine (13 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence). L'obligation de ne pas imposer de restrictions excessives au regard des nécessités de l'ordre public est rappelée, en 1996, par plusieurs tribunaux administratifs saisis de recours contre des arrêtés municipaux « antimendicité ». Selon les mêmes principes, le Conseil d'État censure en 1997 le « couvre-feu des enfants » imaginé dans certaines villes.

Il reste enfin des interrogations sur des sujets qui touchent à l'intimité de la vie personnelle. Afin de promouvoir un meilleur respect de la différence, la municipalité de Saint-Nazaire décidait à l'automne de 1995 de délivrer des certificats de concubinage aux couples homosexuels. Suivie par de nombreuses autres communes, elle ouvrait la voie au projet de Contrat d'union sociale qui, au-delà de la question homosexuelle, vise à donner à chacun une plus grande maîtrise de ses choix dans l'organisation de sa vie.

Respect de la personne et affirmation des communautés

Alors que le souci de la liberté individuelle et du respect de la personne s'impose avec une force accrue, un retour de l'esprit communautaire se manifeste de différentes manières.

On voit les sectes se développer. La frontière qui les sépare des religions est incertaine. Les massacres barbares organisés par l'Ordre du temple solaire sont une tragique illustration des dérives qui peuvent en résulter.

Afin de rétablir, par une discrimination positive, l'égalité en faveur de catégories défavorisées l'introduction de quotas est facilement évoquée : si les intentions sont souvent louables, les distinctions sous-jacentes à de tels dispositifs ne sont pas sans dangers.

Plus largement, la difficulté de trouver des repères conduit à chercher dans un groupe des solidarités, des idéaux, une force collective. Le phénomène n'est pas en soi négatif. Mais il ne doit en aucun cas conduire à inverser la perspective : la liberté, telle que notre société démocratique la conçoit, est celle de la personne, titulaire de droits qui lui sont propres et qu'il lui appartient de faire valoir par elle-même, indépendamment de toute appartenance à un ensemble quelconque. Il y va des droits de chacun comme de la tolérance à l'égard des autres.

La France est un pays de liberté. Autour des garanties qui forment l'ossature de notre système juridique, ces dernières années ont été marquées par une pratique vivante des droits fondamentaux, le souci de renforcer l'État de droit et la vivacité de nombreux débats sur les libertés. L'Union européenne qui se construit accorde une large place au respect des droits et libertés et leur ouvre de nouveaux espaces. Cet acquis et ces perspectives sont une chance, dans un monde où planent les menaces de l'intolérance et du fanatisme. Ils imposent aussi des exigences, à l'égard des Français et de tous ceux qui, au-delà de nos frontières, attendent beaucoup du pays des droits de l'homme et regardent l'Europe des Lumières.

RÉSUMÉ

Nul doute que la France soit un pays de liberté, où les droits fondamentaux, notamment d'association, de manifestation, de libre communication s'enrichissent d'une pratique vivace. Ces dernières années ont vu en outre l'État de droit se renforcer, sous l'influence d'une meilleure reconnaissance internationale des droits de l'homme, d'exigences constitutionnelles davantage affirmées, des progrès de la législation. Mais rien n'est jamais acquis en matière de libertés. En témoignent tant les débats en cours sur l'intégration des étrangers et sur l'indépendance de la justice que les interrogations sur le respect de la vie privée ou la sauvegarde de la liberté de la personne face aux résurgences du communautarisme.

GEORGES CORM

LE DIFFICILE VOYAGE DE LA LIBERTÉ HORS D'OCCIDENT

LA LIBERTÉ : CONCEPT UNIVERSEL OU SPÉCIFICITÉ OCCIDENTALE ?

La notion moderne de la liberté n'a atteint le monde non européen qu'à partir de la Révolution française. Cet événement majeur devait avoir un grand retentissement, en particulier dans le monde ottoman, si proche de l'Europe[1]. La décapitation du roi de France, le gouvernement d'assemblée incarnant la nation, l'émancipation de l'individu par rapport à tout corps constitué et l'affirmation de ses libertés fondamentales frappèrent toutes les élites, en particulier à Istanbul, Le Caire, Damas et Beyrouth. Dans le corps vieillissant de l'Empire, de moins en moins capable de défendre ses possessions en Asie centrale et dans les Balkans, comme dans celui de la monarchie perse, les événements de la Révolution française aidèrent à l'émergence d'une élite réformatrice qui se développa tout au long du XIX^e^ siècle à travers des contacts intensifs, mais houleux, avec le monde européen de la révolution industrielle, des passions nationalistes et démocratiques, des fièvres coloniales.

Pourtant, deux siècles après l'événement fondateur de la modernité politique qu'a été la Révolution française, la généralisation hors d'Europe du modèle démocratique basé sur la liberté individuelle des

1. A l'occasion du bicentenaire de la Révolution française, un colloque tenu à l'Institut du monde arabe, à Paris, a fait le point sur l'influence exercée par la Révolution sur l'Orient. On se reportera aux actes du colloque publiés par le Mouvement culturel-Antelias (Liban) avec le concours du secrétariat d'État à la Francophonie, le patronage de la Mairie de Paris et la participation de l'ACCT, sous le titre *La Révolution française et l'Orient 1789-1989*, Paris, Cariscript, 1989.

citoyens est loin d'être accomplie. Les obstacles ont été nombreux et complexes et un doute s'est insinué, aujourd'hui, sur la possibilité de voir la liberté devenir le principe organisateur de toutes les sociétés. Ce doute est d'autant plus grand qu'un optimisme sans borne a régné un moment en Occident, à la suite de l'effondrement de l'Union soviétique et de la fin de la guerre froide.

Tout un nouveau courant de pensée estime que liberté individuelle et État de droit sont des spécificités purement occidentales et qu'il est vain de vouloir exporter les institutions politiques qui en découlent vers des pays à structures anthropologiques considérées comme fondamentalement différentes. Tenter de réaliser une universalité des valeurs philosophiques et politiques serait une dangereuse utopie et mènerait à une guerre des civilisations. Un auteur à succès américain fait même des scé-

narios hallucinants de guerre totale opposant une alliance asiatique islamo-bouddhiste aux pays de l'Occident chrétien[2].

Il ne saurait évidemment être question de donner ici une réponse exhaustive à l'interrogation lancinante sur la capacité du modèle de démocratie libérale à être généralisé à l'ensemble des sociétés. Tout au plus est-il possible de poser les éléments d'une problématique servant de grille de réflexion, afin de dépasser les jugements sommaires et rapides, trop souvent basés sur des considérations anthropologiques de nature simpliste quant à la capacité des peuples à assimiler les notions modernes relatives à la liberté politique.

Dans notre réflexion sur les obstacles à l'extension de la liberté, nous privilégierons les réactions arabes et turques à l'émergence de la modernité politique européenne, parce qu'elles sont les mieux connues et les plus proches de l'Europe, mais aussi parce qu'elles sont exemplaires des obstacles qui se dressent, hors d'Occident, face à l'aspiration à la liberté. Nous évoquerons cependant, parfois, des réactions d'autres sociétés asiatiques, telles que l'Inde ou la Chine. Nous verrons aussi, à travers l'évocation de ces réactions, combien le problème de la laïcité est inséparable des notions de liberté individuelle et de démocratie et combien il est au cœur des obstacles, aujourd'hui tout aussi complexes que dans le passé, à la généralisation de la liberté individuelle hors d'Occident.

Ces obstacles sont l'objet d'un débat toujours renouvelé où s'affrontent des visions contradictoires entre l'espoir d'assurer l'uni-

2. S. Huntington, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, New York, Simon and Schuster, 1996. On verra aussi J.-C. Rufin, *L'Empire et les Nouveaux Barbares. Ruptures Nord-Sud*, Paris, Jean-Claude Lattès, 1991.

versalité de la liberté et le rejet de cette liberté, qualifiée de spécifique à l'Occident, par l'appel au repliement sur les traditions ethniques, nationales ou religieuses des peuples n'appartenant pas à l'aire culturelle occidentale. Le problème est alors de savoir si ces spécificités, tantôt imaginaires, tantôt réelles, sont aussi irréductibles que le prétendent leurs invocateurs en Occident ou hors d'Occident, et si l'idéal de la liberté politique individuelle avec toutes ses implications sociales ne peut que rester confiné aux vieilles démocraties occidentales.

Arabes et Turcs face au Patrimoine Révolutionnaire Français

C'est d'abord chez les Arabes, vivant depuis le XVI^e^ siècle sous domination turque ottomane, légitimée par la communauté de religion, que la Révolution française produit un double choc : celui des idées révolutionnaires, et celui de la poussée conquérante de Napoléon Bonaparte débarquant en Égypte avec sa cohorte d'hommes de science qui vont introduire les pratiques modernes de la science et des techniques. Mohammed Ali, qui s'empare du pouvoir en Égypte au début du XIX^e^ siècle, sera un grand admirateur de la France. En 1826, il envoie une mission d'étude d'une quarantaine de personnes en France, avec à sa tête un cheikh de la prestigieuse université religieuse d'al-Azhar, Rifa'a al-Tahtawi, qui se rendit célèbre par la relation qu'il rédigea de son séjour de cinq ans en France. Cette œuvre devait, en effet, devenir un élément fondamental de la renaissance des arts et des lettres arabes, fécondée par la vision positive des institutions démocratiques françaises de l'époque, telle que l'avait transmise al-Tahtawi. Ce dernier fit entrer dans le vocabulaire politique arabe les notions de patrie et de citoyenneté basées sur la primauté de l'individu et l'égalité de tous dans le cadre national, par opposition aux notions de communauté des croyants (Oumma) et des statuts différenciés entre musulmans et non-musulmans[3].

Cette semence devait entraîner une abondante moisson qui, tout au long du XIX^e^ siècle et durant la première moitié du XX^e^ siècle, conduisit à une relecture du Coran et des jurisprudences basées sur ses inter-

3. Il existe une littérature imposante sur les renaissances arabe et turque entraînées par les idées de la Révolution française ; on verra, en particulier, A. Hourani, *Arabic Thought in the Liberal Age 1798-1939*, Londres, Oxford University Press, 1967, et B. Lewis, *Islam et Laïcité. La naissance de la Turquie moderne*, Paris, Fayard, 1988 (original anglais paru en 1961). On pourra aussi se reporter à A. Abdel-Malek, *La Pensée politique arabe contemporaine*, Paris, Éd. du Seuil, 1976.

prétations (Charia) dans le sens des idées libérales européennes. L'idéologie de la confusion nécessaire du temporel et du spirituel en islam était progressivement entamée au profit de nouveaux courants intellectuels prônant le libre arbitre individuel et rappelant que les interprétations du Coran, constituant le corpus législatif islamique, devaient évoluer et changer pour tenir compte de l'évolution des sociétés. Au Mont-Liban, des révoltes paysannes (1821, 1840 et 1858-1859) entraînent une fraternisation spectaculaire entre révoltés des différentes communautés religieuses contre les privilèges fiscaux des grandes familles aristocratiques. Par ailleurs, en Égypte, comme au Liban et en Syrie, puis dans les autres provinces de l'Empire ottoman, le statut de *dhimmi* régissant la condition des non-musulmans est aboli, en application des principes modernes de citoyenneté[4].

A la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle, avec le déclin de plus en plus accusé de l'Empire ottoman, beaucoup d'intellectuels arabes commencent à envisager la rupture avec les Turcs et donc l'avènement d'une nation arabe sur le mode laïc. Les excès commis par le groupe d'officiers jeunes-turcs, dont l'influence est devenue prépondérante dans la gestion de l'Empire, accélèrent le mouvement. Très influencés par les idées jacobines à la française, les jeunes-turcs ont ignoré les appels des Arabes et des autres nationalités de l'Empire à la décentralisation et la fédération, et ils ont tenté de « turquifier » l'ensemble des populations disparates de l'Empire. La Constitution turque de 1876 est suspendue en 1908. Les libertés partielles conquises progressivement depuis les réformes ottomanes de 1839 et 1856 sont ainsi remises en cause. Désormais le combat pour la liberté individuelle s'allie avec celui de l'émancipation nationale. La graine de la philosophie des Lumières et de la Révolution française a incontestablement germé dans l'Orient arabe.

Au XX^e^ siècle, la pensée politique arabe s'affirmera encore plus vivement, en particulier en Égypte où certains réformateurs religieux (Ali Abdel Razek, Kassem Amin et Ahmad Amin, Mohammed Abdou), très influencés par la philosophie libérale anglaise et les idées laïques françaises, continueront de plaider pour le rationalisme et contre le mythe, le merveilleux et les superstitions de l'ordre religieux, pour le libre arbitre individuel contre les solidarités claniques ou l'ordre statique hérité des ancêtres.

---

4. Voir G. Corm, *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles. Effets socio-juridiques et politiques du pluralisme religieux*, Paris, LGDJ, 1971.

Toutefois, en dépit de l'œuvre abondante de ces réformateurs, la bataille pour les libertés dans le monde arabe est, aujourd'hui, loin d'être gagnée ; cent soixante-dix ans après la parution de l'enquête d'al-Tahtawi et en dépit de la fécondité des courants intellectuels libéraux, les notions de liberté individuelle, d'État de droit et de droits de l'homme n'ont pu véritablement être traduites dans la réalité politique des sociétés arabes, ni, non plus, dans celle de la Turquie et de l'Iran. Un contre-courant dont la base se trouve dans certains grands pays asiatiques, tels que la Chine, la Malaisie, l'Indonésie ou le Pakistan, sans compter la très influente Arabie Saoudite, considère que les conceptions occidentales de la liberté et des droits de l'homme ne peuvent être acclimatées en Orient, où l'ordre politique et social repose sur d'autres conceptions. Il est reproché à l'Occident de manipuler la question des droits de l'homme pour s'ingérer dans les affaires internes des États asiatiques. Le cas chinois, depuis les événements de Tiananmen en 1989, illustre bien cette thèse.

Pour mieux cerner les situations historiques qui ont amené à la remise en cause de l'universalité de la notion de liberté et de droits de l'homme, il est nécessaire d'évoquer plusieurs séries de contraintes que la politologie occidentale a une tendance naturelle à ignorer lorsqu'elle analyse les obstacles que rencontre la généralisation du modèle de la liberté et de l'État de droit aux autres sociétés.

Les Obstacles Historiques à l'Extension de la Liberté

La fièvre coloniale et la manipulation des communautés ethniques et religieuses

Un des obstacles majeurs à la crédibilité des idéaux de liberté et de démocratie auprès des sociétés non européennes a été constitué rapidement après l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par la non-application de ces mêmes principes aux sociétés d'outre-mer dominées par la France. Un ouvrage récent nous retrace le peu d'empressement de ceux mêmes qui avaient prôné la suppression de l'esclavage (Condorcet, Montesquieu) à mettre en pratique leur credo humaniste dans les possessions françaises des Antilles[5]. En Orient, si l'expédition de Napoléon Bonaparte est entourée de déclarations majes-

5. L. Sala-Molins, *Les Misères des Lumières. Sous la Raison, l'outrage*, Paris, Robert Laffont, 1992.

tueuses sur la grandeur de l'islam et le désir de libérer l'Égypte du joug de la tyrannie, il ne s'agit pas moins d'une expédition militaire et d'une occupation. L'expédition de Bonaparte ouvre en Méditerranée l'ère des grandes fièvres coloniales de la France et de l'Angleterre qui tentent, en même temps, de freiner les ambitions de la Russie tsariste dont l'expansion territoriale en Asie a déjà grandement affaibli la monarchie perse et l'Empire ottoman.

La fièvre coloniale entraîne le recours à des principes tout à fait contraires aux idéaux de la Révolution française. La laïcité, comme le dira Jules Ferry à la fin du siècle dernier, ne doit pas être un produit d'exportation. Aussi, la pénétration coloniale européenne en Méditerranée se fera soit sur le mode de protection des « minorités » chrétiennes, pour ce qui est des possessions ottomanes, soit, en Méditerranée occidentale, par la colonisation de peuplement, comme en Algérie ou en Libye (Italie), avec le souci majeur de promouvoir la berbérité de certaines populations au détriment de l'arabité, et l'attribution du statut de citoyenneté française aux membres des communautés juives locales (décret Crémieux de 1871) ou aux musulmans renonçant à se voir appliquer la législation locale, issue de la Charia islamique. En Palestine, en dépit des mises en garde d'une commission d'enquête américaine quant aux conséquences dramatiques pour la population locale palestinienne, l'Angleterre inscrit dans la charte du mandat, entérinée par la Société des Nations, la réalisation d'un « Foyer national juif », concept totalement nouveau en droit international moderne, qui ne reconnaît pas les religions comme acteur ou sujet de droit, sinon pour la garantie de la liberté de conscience ou du libre accès aux lieux saints.

La protection des minorités amène au développement de tout un courant d'idées qui n'envisage la liberté politique qu'à partir d'un socle collectif communautaire. Ce n'est point la liberté individuelle qui est prônée, permettant de réaliser l'égalité des citoyens de toutes les confessions ; c'est la liberté collective d'une communauté vis-à-vis du pouvoir central considéré exclusivement dans ses racines islamiques. Il y a dans toute la littérature européenne du XIX^e^ siècle sur la « question d'Orient » une confusion presque totale entre communauté religieuse et « nation » au sens ethnique étroit du terme, voire parfois au sens racial. S'installe ainsi une forte méfiance entre communautés musulmanes souvent ignorées et méprisées des puissances européennes et communautés non musulmanes locales, essentiellement chrétiennes, qui font l'objet de l'attention et de la sollicitude des puissances européennes dans toutes les possessions ottomanes ; ces dernières sont

transformées en communautés « clientes » des puissances et leur servent de véhicule de pénétration culturelle et économique, voire même militaire dans certains cas. Certaines communautés payeront cher cet appui, comme cela sera le cas, par exemple, pour les Arméniens ou les Assyriens d'Irak, qui feront l'objet de représailles violentes s'apparentant au génocide. Les penseurs arabes imbus des idéaux rationalistes européens tenteront de combattre sans relâche cette méfiance et cette distanciation que crée l'expansion européenne entre les communautés, en affirmant le primat de la nation sur la religion[6].

La difficile bataille en Orient musulman
entre réformistes libéraux et conservateurs islamisants

En réalité, les pratiques coloniales et la décrédibilisation des valeurs humanistes qu'elles entraînent auprès des peuples conquis nourrissent l'idéologie que développent les milieux conservateurs locaux qui tentent par tous les moyens de freiner l'avancée des idées nouvelles. Dans la guerre locale d'idées entre modernistes « pro-Européens », et conservateurs « islamisants », ces derniers n'ont pas manqué d'arguments. Pour eux, les idées que l'Europe a exportées n'ont été qu'un camouflage des ambitions coloniales renouant avec le désir ancien de croisade, de domination du monde chrétien sur le monde musulman. Les mœurs occidentales sont « dissolues » (émancipation de la femme, effondrement des liens familiaux), matérialistes (capitalisme sans frontières) ; leur importation corrompt les solidarités naturelles de la société musulmane et affaiblit sa capacité de résistance politique et militaire à la pulsion coloniale occidentale. Les puissances européennes, pour trouver un ancrage à leur domination du monde musulman, ne s'intéressent d'ailleurs qu'au sort des chrétiens de l'Empire (Grecs, maronites, Arméniens, coptes d'Égypte) ou encore aux sectes de l'islam hétérodoxe (druzes, alouites, ismaéliens, chiites) en opposition à l'islam sunnite dominant.

La thèse est forte, car elle s'appuie sur des données objectives, difficiles à occulter dans la perception des peuples ayant subi la domination coloniale européenne. Bien plus, les puissances européennes, tout en réclamant de l'Empire ottoman l'égalité entre musulmans et non-

6. Nous avons tenté de retracer les tensions et les impasses entraînées par la politique européenne vis-à-vis de L'Empire ottoman dans notre ouvrage, *L'Europe et l'Orient, de la balkanisation à la libanisation. Histoire d'une modernité inaccomplie*, Paris, La Découverte, 1989 ; on pourra aussi se reporter à notre *Contribution à l'étude des sociétés multiconfessionnelles*, *op. cit.*

musulmans, ont aussi exigé de lui le maintien de l'autonomie et des privilèges traditionnels accordés aux différentes Églises orientales et à leurs adhérents. Au Liban, véritable laboratoire intellectuel et géopolitique des frictions entre l'Europe coloniale et l'Orient arabo-ottoman, ce sont les droits des communautés religieuses et non les droits individuels des Libanais que l'Europe a institués politiquement, au milieu du XIX^e siècle, en invoquant les principes de la démocratie. Ces droits communautaires qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui sont, en fait, à géométrie variable, suivant la puissance respective du protecteur européen ou oriental de chaque communauté et, accessoirement, selon l'importance démographique approximative de chaque communauté. Véritable bombe à retardement, ce système devait entraîner le Liban un siècle plus tard dans une série de guerres gigognes à caractère local, régional et international[7].

C'est pourquoi, dans la bataille d'idées pour la liberté, l'égalité des droits des citoyens, l'État de droit, les réformistes libéraux, arabes, turcs ou iraniens trouvaient en face d'eux une coalition intellectuelle redoutable. D'abord, celle des conservateurs islamisants sans aucune compromission, réclamant de faire face à la croisade coloniale « chrétienne » par un Djihad mobilisateur de la défense des valeurs traditionnelles et religieuses ; ensuite, celle des rénovateurs islamisants, cherchant le salut non point dans la liberté et la laïcité des institutions politiques, mais dans une régénération de l'islam par la science et la raison, sans toutefois toucher aux fondements mêmes de la société islamique, ni adopter les principes politiques liés à l'épanouissement des libertés individuelles. Cette coalition conservatrice ne croit pas au nationalisme moderne sur le mode laïc, mais à la solidarité dans un cadre panislamiste. L'adoption du nationalisme laïc et libéral est perçue comme un danger, car la généralisation de ce modèle ferait éclater ce qui peut encore rester de souveraineté « islamique », et donc de solidarité transethnique supposée entre peuples musulmans dans l'ordre international, face à la domination exercée par l'Europe sur le monde.

---

7. Voir G. Corm, *Liban : les guerres de l'Europe et de l'Orient, 1840-1992*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Actuel », 1992, ainsi que « Géopolitique des minorités au Proche-Orient », *Hommes et Migrations*, 1172-1173, janvier-février 1994. Les accords de Taef de 1989 sur une redistribution du pouvoir communautaire au Liban n'ont fait que reproduire la logique des précédents arrangements communautaires au Liban (1840, 1861, 1919, 1943) ; cette fois, les « droits » de la communauté maronite (gonflés depuis le XIX^e siècle par la puissance française) ont été substantiellement érodés au profit de la communauté sunnite, soutenue par les États-Unis et l'Arabie Saoudite, et de la communauté chiite, soutenue par la Syrie et l'Iran.

Au moment des indépendances, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, cependant, les libéraux semblent triompher. En Turquie, l'œuvre d'« européanisation » de Mustapha Kemal a résisté à toutes les oppositions ; en Iran, la monarchie évolue vers un nationalisme laïc de type classique, malheureusement à connotation autoritaire. Dans le monde arabe, la décolonisation en marche lève une hypothèque importante pour la crédibilité des valeurs défendues par les libéraux ; en Égypte, en Irak, en Syrie, au Liban, des élections parlementaires ont lieu régulièrement, animées par des partis politiques à forte coloration laïque pour les plus importants d'entre eux (ainsi le Wafd en Égypte, le Parti destourien au Liban, les deux grands partis syriens, celui du Peuple et le Bloc national). La liberté de penser gagne du terrain, les mœurs se laïcisent, les femmes entrent de plus en plus dans la vie active. Les partis se réclamant du fondamentalisme islamique sont considérés par de larges franges d'opinion comme obscurantistes, consciemment ou inconsciemment manipulés par les puissances coloniales ou la CIA, qui préfèrent traiter avec eux plutôt qu'avec les partis nationalistes laïcs qui récusent les phénomènes de domination occidentale à travers la logique démocratique elle-même, et non, comme les courants islamisants, au nom de la défense de la spécificité et de l'intégrité religieuse.

L'émergence des états communautaires : Israël et le Pakistan

Les partis laïcs du monde arabe devront aussi affronter le problème dramatique posé par la création de l'État d'Israël. Pour eux, le conflit israélo-arabe n'est pas une guerre de religion entre le judaïsme et l'islam, mais un prolongement de la conjoncture coloniale du XIX^e^ siècle, où l'Angleterre a favorisé un retour des juifs en Palestine pour asseoir sa domination sur ce territoire et contrer l'influence française sur le Liban à travers les communautés chrétiennes locales, plus particulièrement les maronites. Dans le Mouvement des nationalistes arabes, au sein duquel se forge le nationalisme palestinien, on verra naître à la fin des années 1960 la revendication d'une Palestine laïque et démocratique où juifs, chrétiens et musulmans vivraient sur un pied d'égalité. Les mouvements fondamentalistes islamiques considéreront, au contraire, que la Palestine doit redevenir une terre de souveraineté islamique, comme elle l'a toujours été depuis le VII^e^ siècle de notre ère et que les immigrés juifs d'Europe orientale ou les rescapés des camps de la mort n'ont pas à y demeurer.

En fait, les nationalistes arabes des années 1950 se sont inspirés à la fois des conceptions de Renan sur le « vouloir-vivre ensemble » des

citoyens de la nation et de la conception allemande de Fichte, qui fait reposer la nation sur l'unité linguistique, sans compter, bien sûr, le prestigieux passé des empires omeyade et abasside. Pour eux, l'identité religieuse n'est pas un critère de la nationalité ; l'appartenance nationale doit transcender les origines communautaires ou ethniques des citoyens. En sens contraire, pour les islamistes, la religion est le facteur exclusif qui organise non seulement la société, mais la géopolitique mondiale ; la laïcité est un leurre nocif, confondu avec l'athéisme et la dissolution des mœurs. La différence de langue et de culture, de milieu géographique, de couleur ou de race ne peut en aucun cas, à leurs yeux, s'opposer à l'idéal de la solidarité islamique, voire à la restauration d'un empire musulman regroupant tous les croyants.

Aux Indes, d'ailleurs, où le fondamentalisme musulman a prospéré
120 sur l'ossification des rapports entre hindouistes et musulmans que la domination anglaise a instituée, la guerre de sécession des musulmans indiens entraînera un million de morts[8]. Quelques années après sa création, le Pakistan, État fondé sur l'identité musulmane, se brisera à son tour, les Bengali faisant sécession pour créer le Bangladesh, infirmant de la sorte la thèse que l'identité religieuse constitue le lien social et national primordial. Il n'est pas indifférent ici de rappeler que le Pakistan connaîtra de 1977 à 1988 une dictature militaire islamique des plus répressives et que son intervention permanente, aux côtés de l'Arabie Saoudite, dans les affaires de l'Afghanistan continue de viser au renforcement des mouvements afghans les plus antimodernistes. En revanche, l'Inde, malgré son système de castes et la pluralité de ses ethnies et de ses langues, a réussi jusqu'à aujourd'hui à conserver un régime démocratique et pluraliste.

Au Proche-Orient, l'appui massif que reçoit l'État d'Israël de la part des puissances européennes, puis des États-Unis, met de nouveau à l'épreuve la crédibilité des courants laïcs dans le monde arabe. Les opi-

8. La grande historienne indienne Romila Thapar décrit fort bien le bouleversement amené par l'Angleterre : « Alors qu'en Europe on commençait à parler de nations, on s'est mis en Inde à parler de nations hindoue et musulmane. Cette conception colonialiste qui fondait l'Inde sur des identités religieuses séparées a amputé la population de son passé, avec des effets désastreux. Elle contredisait l'historiographie sanscrite et persane, qui n'avait pas conscience de l'existence de deux nations. Ainsi a-t-on développé un système de représentation séparée sur une base religieuse, la notion de majorité et de minorité, et celle de communautés hindoue et musulmane », *Le Monde*, 11 mai 1993. Cette approche du communautarisme en Inde rejoint la problématique que nous avons nous-même exposée pour les Balkans et le Proche-Orient dans *L'Europe et l'Orient*, *op. cit.* On se reportera aussi à l'ouvrage classique de K.M. Pannikar, *L'Asie et la Domination occidentale*, Paris, Éd. du Seuil, 1956, ainsi qu'à V. Lanternari, *Les Mouvements religieux des peuples opprimés*, Paris, La Découverte, Maspero, 1983.

nions locales arabes ne parviennent pas à comprendre que l'Occident laïc, c'est-à-dire au-dessus des passions religieuses, puisse ignorer les droits de la population autochtone palestinienne et appuyer sans réserve la création d'un État construit sur l'identité religieuse d'immigrants qui colonisent une terre qui fut, il y a plus de deux mille ans, le siège d'un royaume religieux semblable aux très nombreux petits royaumes de l'Antiquité orientale qui ont tous disparu. Une souveraineté juive sur la Palestine, dont il est difficile de nier l'origine biblique, peut difficilement être qualifiée de laïque. Si elle peut constituer, aux yeux de l'opinion occidentale, une exception légitime aux principes laïcs du système démocratique d'État-nation, en raison des siècles d'antisémitisme chrétien et des horreurs du nazisme à l'égard des juifs, elle peut très difficilement être perçue, du côté arabe, comme un fait acceptable par la raison. Les Arabes, en effet, comme les autres peuples musulmans, n'ont pas été parties prenantes dans l'histoire conflictuelle des rapports judéo-chrétiens et dans la barbarie antisémite du nazisme. C'est pourquoi il est particulièrement ardu pour l'opinion arabe et musulmane d'accepter que le Proche-Orient fasse les frais de l'antisémitisme européen et il lui reste mystérieux que la laïcité européenne ait pu entraîner en Palestine la constitution d'un État sur la base de l'Histoire sainte.

Les fondamentalistes musulmans, eux, trouveront dans le soutien accordé à la création de l'État d'Israël puis dans le parti pris occidental constant en sa faveur, en particulier dans la non-application des résolutions des Nations unies sur le conflit israélo-arabe, une preuve additionnelle de la « duplicité » de l'Occident, de l'hypocrisie de ses valeurs et de son obsession supposée à humilier l'« islam ». Aussi l'émergence de l'État d'Israël puis son expansion et ses victoires militaires successives contribueront-elles, de nouveau, à mettre les nationalistes et démocrates laïcs sur la défensive dans les querelles intellectuelles locales qui font rage sur les conceptions de la démocratie, de la liberté, de la laïcité et des liens qui unissent nécessairement ces trois notions.

Il faut aussi prendre note que la littérature occidentale elle-même évoque de plus en plus le patrimoine « judéo-chrétien » comme base de la civilisation moderne fondée sur la liberté individuelle. Il y a quelques années encore, on invoquait en Occident les sources gréco-romaines de la civilisation libérale moderne, conformément à la tradition issue de la Renaissance et de la philosophie des Lumières. Ce changement de perception en Occident donne à la littérature fondamentaliste islamique de nouveaux arguments pour voir le monde en termes d'affrontements religieux.

La manipulation du droit international et des droits de l'homme

A partir des années 1970, marquées par la « réislamisation » des sociétés arabes et autres sociétés musulmanes d'Asie dont nous expliquerons le contexte ci-dessous, les notions de base de la modernité politique auront de plus en plus mauvaise presse en Orient musulman ; elles deviendront presque synonymes de « trahison » ou de « déracinement » par « occidentalisation » excessive de ceux qui les prônent localement.

La guerre du Golfe, dite « guerre du droit » et du « nouvel ordre international » de l'après-guerre froide, viendra entamer davantage encore la crédibilité des valeurs humanistes universelles de démocratie et de liberté. La mise en œuvre implacable et par la force des résolutions des Nations unies sur la libération du Koweït a contrasté, en effet, trop fâcheusement avec le laisser-aller total dans l'application des résolutions sur les territoires occupés par Israël en 1967 et sur les deux invasions israéliennes du Liban de 1978 et 1982. La politique des « deux poids deux mesures » pratiquée par l'Occident a pris des proportions d'autant plus alarmantes que, même après la libération du Koweït, les dix-sept millions d'Irakiens sont restés jusqu'à aujourd'hui soumis à un embargo implacable réduisant à néant leur niveau de vie, sans oublier l'embargo moins sévère décrété par l'ONU à l'encontre de la Libye depuis 1988. Même si quelques gouvernements arabes continuent d'appliquer ces embargos, les opinions arabes sont extrêmement sensibles à la punition qui continue d'être infligée au peuple irakien.

On peut en dire autant du maniement de l'arme des droits de l'homme dont ne sont menacés avec constance que les régimes dont la politique déplaît à l'Occident, cependant que de nombreuses dictatures totalement ignorantes de ces mêmes droits de l'homme et refusant parfois tout droit à la femme (Arabie Saoudite) peuvent continuer leurs pratiques liberticides sans être inquiétées[9]. Vis-à-vis de la Chine, il est clair que la politique des droits de l'homme reste conditionnée par les intérêts commerciaux des puissances occidentales.

Jaillie d'Occident, l'idée moderne de liberté a donc été jusqu'à présent desservie par le fait que les puissances occidentales elles-mêmes ne mettent pas en œuvre avec rigueur dans leurs relations avec les autres États les principes démocratiques. Peu d'observateurs, pourtant, acceptent de reconnaître que l'effritement de la crédibilité des valeurs démocratiques et des vertus de la liberté individuelle hors d'Occident peut

9. Voir J.-L. Foulquier, *Arabie Saoudite. La dictature protégée*, Paris, Albin Michel, 1995.

avoir pour origine cette dichotomie entre un discours démocratique et une pratique de l'ordre international qui ne s'embarrasse que très sélectivement des principes démocratiques.

Démarxisation et réislamisation des sociétés du tiers-monde

Un autre obstacle important à l'extension du champ de l'individualisme libéral dans les sociétés non occidentales a été constitué par le développement de l'idéologie marxiste hors de l'Union soviétique dans le cadre de la guerre froide. A l'issue de la Seconde Guerre mondiale, l'expansion des idées marxistes fut facilitée par le contexte de la décolonisation. La vision léniniste de l'impérialisme comme « stade suprême » du capitalisme, le développement de variantes locales du marxisme dénonçant les méfaits de la « bourgeoisie *compradore* » furent des éléments fondamentaux de légitimation des coups d'État militaires et de la formation de partis uniques. Même hors du contexte de l'idéologie marxiste, la lutte contre le sous-développement économique a souvent légitimé l'installation de dictatures de type césarien (l'Égypte nassérienne à ses débuts) ou paternaliste (la Tunisie de Bourguiba). Par la suite, la cristallisation de la solidarité des pays du tiers-monde dans le Mouvement des pays non alignés a entraîné une radicalisation de nombreux régimes politiques, hostiles aux pays riches industrialisés et plus proches de Moscou ou de la Chine maoïste que de Washington. Dans ce contexte, les tenants de la démocratie libérale dans beaucoup de pays du tiers-monde étaient considérés comme des « agents » de l'impérialisme et des « réactionnaires ».

La riposte du camp occidental à ce qui était perçu comme des victoires successives de l'Union soviétique dans le tiers-monde fut une instrumentalisation de la religion aux fins de faire reculer l'influence marxiste en Europe de l'Est comme dans le tiers-monde. Les États-Unis encouragèrent, en conséquence, une « réislamisation » des pays africains ou asiatiques dont les régimes politiques s'étaient radicalisés sous le coup de l'influence des idées marxistes.

L'Arabie Saoudite, qui pratique officiellement depuis sa fondation en 1925 l'intégrisme religieux le plus extrême comme doctrine d'État, et le Pakistan, devenu dictature militaire islamiste, seront deux piliers fondamentaux de cette politique et les initiateurs de la mise en place de l'Organisation de la conférence des États islamiques (1969). Cette dernière se pose en rivale du Mouvement des non-alignés, d'autant plus redoutable qu'à partir de 1973, date de l'explosion des prix pétroliers, l'Arabie Saoudite dispose d'une force de frappe financière exception-

nelle. Dons et subsides sont généreusement distribués à de nombreux régimes pour changer d'orientation idéologique, mais aussi individuellement aux journalistes et intellectuels qui se mettent à vanter les bienfaits d'un ordre islamique dans tous les domaines. Lors de l'invasion de l'Afghanistan par l'Union soviétique, les États-Unis n'hésitent pas à financer et entraîner des milliers de combattants soumis à l'idéologie d'intégrisme religieux islamique. Ils n'ont pas hésité non plus, à la même époque, à soutenir les religieux en Iran, avec l'imam Khomeini à leur tête, contre les partis de gauche (Tudeh et Moujahidin Khalq) ; lorsque le pouvoir du chah vacille en 1978, ils seront alors eux-mêmes victimes de la fuite en avant du nouveau régime de Téhéran dans un radicalisme anti-impérialiste violent et à couleur religieuse (prise en otage des diplomates américains à Téhéran). On rappellera, d'ailleurs qu'en 1952 les

États-Unis avaient déjà contribué à mobiliser le clergé iranien contre la politique démocratique et libérale de Mossadegh qui tentait alors la nationalisation du pétrole iranien et fut victime d'une alliance conjoncturelle de la monarchie et des religieux sous l'égide de la CIA.

C'est dans cette conjoncture de guerre froide que les partis communistes locaux dans le tiers-monde, et plus particulièrement dans les pays musulmans, ont été décimés, le plus souvent de façon sanglante (Indonésie, Soudan), ou réprimés avec vigueur (Égypte, Irak). Un ordre moral islamique antimarxiste se généralise alors, avec diverses variantes (iranienne, saoudienne, pakistanaise, soudanaise). D'intenses campagnes d'opinion dans la presse locale ou les milieux académiques de ces pays se développent qui assimilent marxisme, athéisme, laïcité. La politique intense de « démarxisation » ne laisse pas place aux courants d'idées favorables à la démocratie libérale et dénonçant les nouvelles idéologies et pratiques islamistes totalitaires. En Occident même, en particulier aux États-Unis, en Angleterre et en France, se développe un néo-orientalisme qui valorise les courants idéologiques locaux réclamant la réislamisation de leurs sociétés ; il contribue à faire connaître et promouvoir l'œuvre des principaux propagandistes locaux de la réislamisation des sociétés. La thèse de base est celle d'un « viol » que les puissances occidentales et les élites locales occidentalisées auraient commis à l'encontre des sociétés musulmanes en y forçant d'abord l'implantation d'institutions de démocratie libérale puis d'institutions de type socialiste : laïcité, valorisation de l'individu ou socialisme collectiviste seraient des valeurs trop contraires à l'anthropologie de base des sociétés musulmanes, censées être exclusivement basées sur les solidarités claniques, la notion de « communauté des croyants » et sur la confusion du

temporel et du spirituel dans l'ordre politique. Pour être gagnées à la cause de l'Occident, les sociétés musulmanes devraient, aux yeux des protagonistes de cette thèse, être encouragées à se réislamiser pour contenter les aspirations culturelles de leurs peuples et à évoluer ensuite, suivant un cheminement intellectuel islamique, vers des institutions stables et donc mieux capables de dialoguer avec l'Occident[10].

De cette façon, depuis une vingtaine d'années, la scène intellectuelle relative à la compréhension de l'Orient a eu tendance à ignorer les courants idéologiques locaux qui continuent de se réclamer des conceptions laïques de la démocratie libérale. Les auteurs musulmans tentant de maintenir vivantes les traditions de rationalisme et d'esprit critique dans leurs sociétés et invoquant l'indispensable laïcité de la vie politique comme préalable à toute démocratie ont été écartés et ignorés, et souvent même persécutés, exilés ou assassinés[11].

Le Facteur Économique et Social

Nous ne pourrons ici qu'évoquer brièvement le rôle du facteur économique dans la politique de réislamisation des sociétés musulmanes. Mis à part la Malaisie et accessoirement l'Indonésie, les sociétés musulmanes (arabes, asiatiques ou africaines) ont totalement raté leur industrialisation, en dépit de la richesse pétrolière des pays de la péninsule Arabique et des masses financières considérables qui ont circulé au titre de surplus financiers distribués comme aide des pays musulmans riches aux pays musulmans pauvres. En réalité, la manne pétrolière a rendu ces sociétés improductives. Leurs dirigeants et ceux des pays aidés, ainsi que leurs clientèles, se sont habitués à vivre dans l'opulence totale grâce à la rente pétrolière. Des inégalités extrêmes de niveau de vie se sont créées sans aucune justification économique et donc sans légitimité politique. En dehors de complexes pétrochimiques ultramodernes et à haute intensité de capital et de quelques aciéries, l'industrialisation,

---

10. Le nombre d'ouvrages qui peuvent être rattachés à ce courant est impressionnant, de G. Kepel, *Le Prophète et Pharaon*, Paris, Éd. du Seuil, rééd. 1993, à F. Burgat, *L'Islamisme en face*, Paris, La Découverte, 1995. Le livre qui expose le plus crûment cette thèse est celui de L. Binder, *Islamic Liberalism. A Critique of Development Ideologies*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988. C'est aussi le message de Huntington dans l'ouvrage cité en note 2, qui préconise de ne pas tenter de généraliser les valeurs occidentales au monde asiatique pour éviter l'augmentation des tensions civilisationnelles entre l'Occident et les peuples d'Asie.

11. Voir G. Corm, *Le Proche-Orient éclaté* II. *Mirages de paix et Blocages identitaires, 1990-1996*, Paris, La Découverte, 1997, chap. 7.

en particulier le passage à la révolution électronique, ne s'est pas produite. Nulle part l'industrie manufacturière ne représente plus de 12 % à 15 % du PIB de ces sociétés. Compte tenu de la très forte pression démographique, le chômage et le dénuement ont donc été le lot de la plupart de ces pays, alors qu'une minorité ayant accès à l'usage de la rente pétrolière ou aux aides et prêts extérieurs de toutes sortes s'est enrichie au-delà de toute proportion raisonnable.

C'est dans ce contexte que s'est produite une surenchère, additionnelle à celle que nous avons déjà exposée, en faveur de l'adoption de stricts critères islamiques dans les comportements politiques et sociaux. Du côté des couches pauvres de la population, le regain d'identité et de comportement religieux a été une compensation à un horizon économique totalement bouché ; les mouvements de contestation de l'ordre établi ont brandi les principes de l'islam rigoriste comme seul moyen de rétablir une égalité entre les « croyants » rompue par la corruption des dirigeants. Du côté des couches dirigeantes, en sens inverse, l'affichage bruyant de mœurs « islamiques » rigoristes permet de montrer que la fortune acquise est bénie de Dieu puisqu'elle est celle de fervents « croyants » ; en outre, en dépit de l'appel de certains partis islamistes à la subversion de l'ordre acquis, la mise en œuvre par les régimes en place de la réislamisation des mœurs et des institutions satisfait les couches défavorisées de la population, à laquelle est ainsi ôté le prétexte de se révolter contre des dirigeants « impies » et des institutions non islamiques, importées, à leurs yeux, de l'Occident ou imposées par lui.

Enfin, le recours à l'ordre moral islamique permet d'éviter le débat sur les véritables raisons du retard économique et technologique et sur les liens de celui-ci avec la perpétuation d'un ordre sociopolitique, non seulement injuste, mais surtout totalement inefficace sur le plan économique ; de plus, il atténue les pulsions subversives des couches sociales que la modernité économique a marginalisées et écrasées dans beaucoup de pays.

En réalité, en cette fin de XX^e siècle, de nombreux facteurs se conjuguent pour étouffer la cause de la liberté et de la démocratie libérale en Orient musulman ou dans certains régimes politiques d'Asie qui ne se réclament pas de l'islam. Aux facteurs historiques exposés s'ajoutent les manipulations géopolitiques dans la gestion du nouvel ordre international par les grandes puissances occidentales et les puissances régionales asiatiques (Chine, Pakistan, Malaisie, Arabie Saoudite), ainsi que les manipulations de l'identité religieuse, sur le plan local, pour préserver ou compenser des situations d'inégalité économique et de développe-

ment avorté. Les exigences de la globalisation économique et de l'ouverture des marchés, qui caractérisent une tendance plus que séculaire du développement économique mondial, entraînent dans la conjoncture actuelle un démantèlement des faibles protections sociales de type étatique au profit des institutions charitables privées ; ces dernières sont le plus souvent issues de réseaux de solidarité religieuse et leur action aggrave les phénomènes de replis identitaires et communautaires, favorisant de la sorte les assauts contre les libertés individuelles que ces replis entraînent immanquablement dans les sociétés concernées.

Enfin, la popularité acquise en Occident comme en Orient par les courants intellectuels dénigrant la philosophie des Lumières et l'universalisme humaniste, le retour à une anthropologie « de café » sur les structures supposées invariantes des identités religieuses ou ethniques, les théories à la mode sur les futures guerres de religion ou de civilisation sont des signes inquiétants pour l'avenir de la liberté et du langage démocratique comme moyen de communication dans l'ordre international[12].

Maintenir la Crédibilité des Valeurs de la Modernité Politique

Il est urgent de réagir contre la facilité intellectuelle, voire contre la démission ou la morbidité qui amènent à renoncer aux idéaux universels des droits de l'homme[13]. Un examen critique de la pratique occidentale en matière de liberté et de droits de l'homme dans la gestion des affaires du monde, depuis la Révolution française, serait certes un premier pas vers le rétablissement de la crédibilité des valeurs humanistes de la démocratie libérale hors de l'Occident. On tend trop souvent à oublier, en Occident, la profondeur des blessures coloniales ou la rancœur provoquée par l'hégémonie de l'Europe des XIX^e^ et XX^e^ siècles, à laquelle succède aujourd'hui une hégémonie américaine à l'échelle mondiale, trop souvent parée d'un discours moralisateur à l'égard des États et peuples non occidentaux, discours qui cache mal certaines pratiques brutales ou arrogantes.

---

12. Tendances vigoureusement dénoncées par J.-F. Bayard, *L'Illusion identitaire*, Paris, Fayard, 1996.

13. C'est ce que font J. Rawls, auteur de la célèbre théorie de la justice (*A Theory of Justice ; Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1991) dans *Le Droit des gens*, Paris, Esprit, 1996, ainsi que S. Mesure et A. Renault, *La Guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*, Paris, Grasset, 1996.

Il ne s'agit évidemment pas de battre sa coulpe en Occident jusqu'à la fin des temps pour les violences et destructions que l'ascension irrésistible et hégémonique des puissances occidentales a provoquées hors d'Occident ; mais le temps n'est-il pas venu de réaliser que la réussite de la greffe moderne des valeurs libertaires et humanistes est moins conditionnée par les structures anthropologiques des autres peuples et nations que par la constance et la rigueur avec laquelle l'Occident, promoteur de la modernité politique, devrait tenter de maintenir la crédibilité de telles valeurs dans ses relations avec autrui ? La manipulation sélective des droits de l'homme dans l'ordre géopolitique, le silence sur certaines situations scandaleuses, le déchaînement sur d'autres sont des armes redoutables que l'Occident offre à tous les régimes dictatoriaux pour dénoncer la vanité des valeurs de liberté et de démocratie et maintenir leurs pratiques autoritaires.

Quant aux arguments d'ordre anthropologiques sur les sociétés non occidentales qui servent si bien d'alibi ou à se donner bonne conscience pour ne plus pousser la cause universelle de la liberté humaine, il convient de les ramener à leur juste proportion. Existe-t-il vraiment des peuples qui haïraient le progrès technique, les garanties sociales, la liberté d'expression et la faculté de voter pour choisir ses dirigeants et pouvoir les critiquer sans peur, autrement que dans l'imaginaire de ceux qui croient à une supériorité d'ordre génétique de l'Occident et à l'incapacité d'autres civilisations de penser les avantages de la liberté individuelle et du libre arbitre ?

Les échecs de la modernité politique dans certaines zones du monde ne doivent pas entraîner l'abandon de la cause de la liberté aux raisons d'État et aux jeux géopolitiques qui manipulent les identités primaires, ethniques ou religieuses, au profit d'intérêts matériels et de l'hégémonie politique des puissances occidentales et non occidentales qui gèrent notre planète. La liberté continue, en effet, d'être une valeur mobilisatrice dans le monde et ses espaces augmentent, en dépit des obstacles. S'il faut être respectueux des traditions de chaque peuple, il ne fait pas de doute, en revanche, que les peuples qui ne jouissent pas de la liberté sont les plus exposés à la déstabilisation et les plus démunis face aux phénomènes d'hégémonie et d'exploitation attribuables à leurs propres dirigeants ou aux jeux de la géopolitique internationale.

RÉSUMÉ

L'article analyse en détail les obstacles historiques auxquels les conceptions modernes de la liberté se sont heurtées dans les sociétés non occidentales, en particulier dans le monde musulman. Les pratiques coloniales, l'émergence d'États à base communautaire dans le contexte de la décolonisation, la guerre froide et l'instrumentalisation de la religion pour lutter contre l'Union soviétique sont les facteurs principaux qui expliquent que la greffe de la liberté n'ait pas pu porter ses fruits dans toutes les régions du monde.

CHRONIQUES

JEAN-LOUIS BOURLANGES

L'UNION EUROPÉENNE AU LENDEMAIN D'AMSTERDAM : UNE ÉVALUATION POLITIQUE

Les partisans de la construction européenne ne peuvent pas, dans la conjoncture actuelle, se contenter de présenter un certain nombre de réformes théoriques destinées à renforcer l'Union et à combler les carences de la Conférence intergouvernementale sans se soucier de dégager la signification politique de l'échec d'Amsterdam, c'est-à-dire sans tenter d'en prendre la mesure, d'en rechercher les causes et d'en tirer les conséquences stratégiques. Nous nous efforcerons donc de répondre à trois questions : Amsterdam est-il un échec ? Pourquoi cet échec ? Comment le surmonter ?

I. AMSTERDAM EST-IL UN ÉCHEC ?

Passé le choc initial du constat de désaccord sur les réformes institutionnelles, il ne manque pas de voix, dans les États membres, au Parlement européen ou à la Commission, pour prétendre qu'à tout prendre les avancées du traité d'Amsterdam sont réelles même si elles sont limitées, et qu'il n'y a donc pas lieu de présenter comme un désastre historique ce qui ne serait qu'un demi-succès. Il s'agirait en somme de faire comprendre à ceux qui voient la bouteille d'Amsterdam à moitié vide qu'elle est aussi à moitié pleine. Cette querelle n'a pas grand sens car l'appréciation qu'on peut porter sur Amsterdam tient moins au tempérament de chacun qu'au point de vue d'où l'on se place : une analyse *statique* de la réalité européenne en autorise en effet une appréciation modérément optimiste, tandis qu'une analyse *dynamique* de la situation appelle une appréciation nettement plus réservée.

A. Une analyse statique autorise une appréciation très modérément positive du traité

En considérant l'Europe à quinze telle qu'elle est et en faisant l'impasse sur l'élargissement à l'Est dont la conclusion de la Conférence intergouvernementale (CIG) ouvre le chemin, on peut être tenté de dresser du traité d'Amsterdam un bilan relativement équilibré, marqué par des succès, des carences et des reculs limités en nombre mais stratégiquement préoccupants.

1. Les succès

On en observe de trois sortes : des progrès significatifs dans un nombre restreint de domaines (essentiellement,

l'extension des pouvoirs de codécision législative du Parlement et l'extension de la majorité qualifiée à la recherche) ; des progrès limités dans d'autres (une communautarisation imparfaite d'une partie importante du troisième pilier (justice…), une simplification et une rationalisation très partielles de la procédure de décision PESC [politique étrangère et de sécurité commune], une consécration officielle du pouvoir d'investiture du président de la Commission par le Parlement et le renforcement du dispositif de lutte contre la fraude) ; enfin, des avancées symboliques, à mi-chemin de la déclaration d'intention et du trompe-l'œil, en matière, par exemple, d'emploi ou de droits fondamentaux.

2. Les carences

A côté de ces progrès de portée inégale, on observe des carences massives dans l'ordre des adaptations institutionnelles, carences qui ont pour effet de perpétuer le *statu quo*, qu'il s'agisse de la composition de la Commission, du cadre budgétaire et financier ou encore du processus de décision au Conseil. C'est ainsi que les instruments d'une politique étrangère et de sécurité communes restent, pour l'essentiel, aussi embryonnaires qu'à Maastricht et que tout ce qui relevait dans ce dernier traité du troisième pilier demeure soumis à la règle de l'unanimité. Il en va de même des politiques d'accompagnement de l'union monétaire : la coordination des politiques budgétaires demeure réduite à une simple police des déficits excessifs telle qu'elle avait été définie à Maastricht ; les politiques fiscales et sociales demeurent assujetties à la règle de l'unanimité.

Dans l'ordre communautaire au demeurant (premier pilier), la règle de l'unanimité ou du commun accord qui régissait 55 procédures de décision continuera de s'appliquer à 50 d'entre elles. La seule modification vraiment substantielle concerne la recherche. C'est dire que non seulement des compétences communautaires essentielles (coordination des dispositions de sécurité sociale, fiscalité, culture, industrie, environnement) mais aussi les principales décisions relatives au fonctionnement des institutions et à la nomination de certains responsables restent soumises à la règle de l'unanimité.

3. Les reculs

Ils ont été peu nombreux, mais leurs effets négatifs sont loin d'être négligeables et n'ont guère été mesurés à leur juste importance. Ils concernent essentiellement la Commission. On en relèvera deux :

• L'évolution décisive vers le principe « un État, un commissaire », qui couronne une évolution rampante et honteuse vers une intergouvernementalisation de la Commission, évolution qui devrait menacer à terme rapproché l'autorité, déjà bien malmenée, d'une institution qui se trouvera d'un même mouvement renationalisée et déséquilibrée, à la fois plus proche des États et plus éloignée des plus grands d'entre eux.

• L'attribution au secrétaire général du Conseil de responsabilités d'exécution en matière de PESC. Les solutions alternatives à celle qui a prévalu (création d'un commissaire PESC à statut spécial, création d'un personnage indépendant des institutions) lui étaient toutes préférables dans la mesure où elles n'avaient pas pour effet de remettre en cause le partage rationnel des tâches

entre la Commission, qui devrait être un organe fonctionnel de proposition et d'exécution, et le Conseil, organe représentatif de négociation et d'arbitrage. L'identification des fonctions de « M. ou M^me^ PESC » et de secrétaire général du Conseil consacre ainsi une dualité regrettable des exécutifs de l'Union européenne et ouvre la voie à une marginalisation politique de la Commission, menacée dans sa raison d'être par la concurrence directe des États.

Aussi ne doit-on pas sous-estimer, au regard des timides avancées du traité d'Amsterdam, les virtualités négatives de certaines dispositions de ce traité, virtualités qui, dans une Europe qui s'élargira, se transformeront en un risque majeur pour la construction européenne.

B. Une approche dynamique de la réalité européenne appelle une appréciation pessimiste

Il n'est pas légitime d'analyser Amsterdam comme si l'Union européenne était une réalité stabilisée dans ses *compétences* et dans ses *frontières*. La réalisation de l'union monétaire, en ôtant à chacun des États des pouvoirs essentiels, exige en contrepartie un renforcement des disciplines, mais aussi de la coordination des politiques économiques, coordination dont les moyens institutionnels demeurent embryonnaires, qu'il s'agisse des budgets, de la fiscalité ou de la législation sociale. Sans doute, l'union monétaire pourra-t-elle vivre quelques années sans se doter de prolongements économiques sérieux, mais il y a fort à parier que, de ce fait, elle sera loin de fonctionner à l'optimum. L'approfondissement politique, dont la nécessité avait été proclamée à Maastricht, dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune demeure à l'état virtuel, faute, notamment, que la logique communautaire, qui permet seule une prise de décision efficace, ait été substituée à la logique intergouvernementale, qui l'interdit.

Plus immédiatement dramatique paraît être le lien de cause à effet entre la clôture prématurée de la CIG et l'ouverture automatique des négociations d'élargissement. Pour s'en tenir à la seule Europe communautaire (premier pilier), plusieurs points sont en effet clairs :

1. L'ouverture des négociations a été décidée sans que les réformes institutionnelles nécessaires aient été menées à bien

L'échec d'Amsterdam se présente à cet égard sous la forme d'un double constat :

a. *Les gouvernements n'ont pas posé les vrais problèmes institutionnels.* Au lieu de poser la question des changements fonctionnellement nécessaires au succès de l'élargissement, ils se sont interrogés sur ceux que les quinze gouvernements pouvaient être, selon eux, disposés à accepter. D'où le caractère tragiquement limité, pour ne pas dire dérisoire, des débats institutionnels des deux dernières années relatifs à la Communauté.

• Alors que *l'avenir de la Commission*, de sa composition, de son mode de désignation, de sa restructuration interne et des modalités administratives d'exercice de ses pouvoirs de proposition, d'exécution et de contrôle, dans une Union européenne qui comptera bientôt près de 500 millions d'habitants, appelait un débat de grande envergure portant simultanément sur les aspects institutionnels, administratifs, sociologiques

et culturels du problème, la discussion s'est trouvée réduite à la question du droit de chaque État à avoir « son » commissaire !

Par ailleurs, rien n'a été dit du fonctionnement, pourtant de plus en plus laborieux, des institutions ou organismes qui, tels la Cour européenne de justice, le Tribunal de première instance, la Cour des comptes, posent, en raison de l'élargissement et du fait du mode de désignation de leurs responsables par chacun des gouvernements, des problèmes de même nature que ceux de la Commission.

• La question de *l'extension du vote à la majorité qualifiée* s'est rapidement trouvée ramenée à une querelle entre partisans et adversaires d'une telle extension dans un nombre particulièrement limité de secteurs (cinq à Amsterdam), alors qu'en vérité c'est l'ensemble des dispositifs institutionnels actuellement régis par l'unanimité qui est menacé de paralysie, en cas d'élargissement.

• La question du *cadre financier* – unification et démocratisation du système budgétaire, mise en place d'un système de ressources rénové, examen des perspectives de répartition des crédits par grands secteurs de l'action communautaire – a été évacuée de la CIG en direction du programme Agenda 2000 présenté par la Commission. Il est toutefois à remarquer qu'Agenda 2000 se signale sur l'ensemble des points par un immobilisme farouche et laisse donc se développer la fronde des États, RFA et Pays-Bas en tête, qui contribuent le plus et bénéficient le moins. Dans un système soumis à des pressions dépensières de plus en plus vives, l'immobilisme, en transformant les rivalités en jeu à somme nulle, fait de la discussion budgétaire une sorte de huis clos sartrien où chacun est l'adversaire de tous.

b. *Les questions posées par les gouvernements, si limitées soient elles, n'ont pas trouvé réponse à Amsterdam.* C'est le révélateur le plus cruel de la paralysie du système. Après s'être ingéniés trois années durant à réduire à une peau de chagrin les réformes envisagées, les quinze ne sont même pas parvenus à gérer leur malheureux confettis ! Qu'il s'agisse de la pondération des voix, de la composition de la future Commission ou de l'extension pourtant limitée du vote à la majorité qualifiée, le cahier des charges très réduit que les gouvernements s'étaient donnés à eux-mêmes n'a pas été respecté.

2. Les élargissements interdiront les réformes institutionnelles

Compte tenu des procédures très lourdes de révision du traité (signature et ratification unanimes), l'accroissement du nombre des États réduit mécaniquement les chances de succès de toute réforme ambitieuse. De ce point de vue, le blocage d'Amsterdam doit être perçu, dans sa perfection même, comme un signe autant que comme un résultat – le signe que le point critique est désormais atteint, voire dépassé, pour l'Union européenne telle qu'elle est aujourd'hui organisée.

L'effet mécanique du nombre est relayé par les conséquences de l'euroscepticisme grandissant des nouveaux membres. Au risque de schématiser quelque peu, on pourrait dire qu'initialement la Communauté recrutait des États qui voulaient faire de grandes choses ensemble et qu'aujourd'hui l'Union européenne a tendance à recru-

ter des États qui estiment ne pas pouvoir demeurer plus longtemps à l'écart d'un aussi vaste ensemble. Jadis la motivation des adhésions était positive et offensive. Aujourd'hui elle semble largement négative et défensive.

L'entrée de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande en 1995 n'a guère favorisé la réforme. Demain, l'entrée de la République tchèque et même de la Pologne et de la Hongrie, c'est-à-dire de pays qui soit sont allergiques au « constructivisme communautaire » soit ne disposent pas encore de ce qu'on pourrait appeler un « surmoi communautaire » capable d'équilibrer leurs pulsions nationalistes, ne favorisera ni la rénovation institutionnelle de la Communauté ni l'émergence de l'Union au plan politique dans la mesure où ces États, qui ont pu éprouver il y a soixante ans ce que valaient la solidarité et la protection de leurs partenaires européens, attendent tout en matière de sécurité de l'OTAN et rien de l'hypothétique deuxième pilier de la construction maastrichtienne.

Il est donc clair que, pour des raisons mécaniques et politiques conjuguées, le traité d'Amsterdam ne pourra faire l'objet d'aucune révision une fois que l'élargissement aura été, ne serait-ce que partiellement, mené à bien, et que les virtualités positives qu'il contient ne pourront pas, elles non plus, se transformer en réalités : la substitution de la majorité qualifiée à l'unanimité dans les affaires intérieures et de justice qui ont été communautarisées à Amsterdam relève à cet égard du vœu pieu.

Il y a donc un véritable paradoxe d'Amsterdam. Le Conseil européen était confronté à trois tâches inégalement prioritaires : l'adaptation du système aux exigences de l'élargissement, le renforcement des dispositions institutionnelles relatives aux nouvelles politiques définies à Maastricht, la démocratisation des institutions. En ignorant le premier chantier, en effleurant le second et en concentrant ses efforts sur le troisième tout en faisant mine de s'avancer dans des directions nouvelles, le Conseil européen a renversé l'ordre normal des priorités. Amsterdam est un échec parce que les chefs d'État ou de gouvernement n'ont pas répondu à la question centrale qui leur était posée. Nulle selon les uns, médiocre selon les autres, la copie d'Amsterdam est surtout hors sujet !

II. Pourquoi cet échec ?

A. Amsterdam a révélé un affaiblissement structurel du parti de la réforme

1. L'échec d'Amsterdam tient en apparence à la lourdeur de la procédure de révision et à l'inadéquation de la méthode de négociation

Sur le plan institutionnel, l'article N (l'article de révision) est un véritable carcan pour les négociateurs. Non seulement parce que la règle de l'unanimité oblige les États à s'aligner sur le moins-disant communautaire, mais aussi parce que la diversité et la complexité des procédures de ratification qui passent, selon les États, par le vote du Parlement, la consultation référendaire et/ou l'arrêt d'une Cour constitutionnelle ont fortement inhibé les diplomates. A cet égard, le précédent du référendum négatif au Danemark a littéralement traumatisé la négociation.

Il est toutefois significatif que toutes les virtualités dynamiques contenues dans

l'article N n'aient pas été exploitées par les négociateurs, ceux-ci préférant s'en tenir à une interprétation strictement intergouvernementale de la procédure. L'expérience des cinquante dernières années avait pourtant surabondamment démontré que les seuls traités qui font avancer les choses sont ceux qui résultent d'une proposition préalable à la négociation, à la fois globale et cohérente, établie par un groupe de travail et sur la base de laquelle les gouvernements discutent. L'article N prévoit explicitement dans son premier alinéa la possibilité pour la Commission d'établir une telle proposition. Cette faculté a été dédaignée par les gouvernements, qui ont préféré négocier entre eux, dans le cadre du groupe de travail Westendorp puis dans celui de la CIG, sans avoir rien d'autre à partager que leurs craintes du changement et leurs arrière-pensées divergentes.

C'est dire que, même si la lourdeur des procédures a pesé négativement sur l'issue des négociations, l'échec tient principalement aux défaillances politiques des États, défaillances rendues sensibles tout au long de la Conférence, et notamment dans sa phase finale, par l'acrimonie d'un débat qui aura été largement déserté par l'esprit communautaire et dominé par la confrontation d'enjeux nationalistes mineurs et minables.

2. Cet échec traduit en réalité un affaiblissement politique du parti de la réforme

En vérité, ce qu'on pourrait appeler *le parti de la réforme n'a jamais été, dans toute l'histoire de la construction européenne, aussi faible* que lors de la dernière CIG. D'une part, en effet, ce parti a subi d'importantes défections : celle de l'Espagne, arc-boutée sur la défense de son deuxième commissaire, de ses intérêts aux Canaries ; celle des Pays-Bas, raidis dans leur mauvaise humeur de contributeur excessif et peu soucieux de donner une véritable dimension politique à l'Europe ; celle des petits pays, emmenés par le Luxembourg, attachés à la défense sourcilleuse des droits acquis ; celle surtout de l'Allemagne fédérale qui, sauf sur le chapitre des droits du Parlement, a adopté une attitude résolument prudente, pour ne pas dire conservatrice, offrant même à Tony Blair le plaisir d'apparaître plus ouvert que son homologue allemand sur la question de l'extension de la majorité qualifiée !

Ainsi pratiquement réduit à l'Italie, à la Belgique et à la France, le parti de la réforme n'avait pas du tout la force d'entraînement qui était traditionnellement la sienne. Il l'avait d'autant moins qu'il avait trouvé le moyen d'être profondément divisé. Particulièrement ardente dans ses prises de position publiques, la France n'a pas su créer autour d'elle un bloc réformateur, et cela pour trois raisons :

– ses propositions ont parfois paru attentatoires à la tradition communautaire (institution de « M. PESC », méfiance persistante et finalement vaincue à l'égard de toute extension des pouvoirs du Parlement européen) ;

– elles ont souvent heurté de plein fouet les intérêts des États moyens ou petits, ce qui ne pouvait que susciter prudence et réserve de la part de la Belgique ;

– la volonté réformatrice, enfin, n'a pas pu faire oublier la multiplicité des contentieux sur le nucléaire, sur Schengen ou sur les relations monétaires entre la France et ses deux autres partenaires.

Bref, à la fois réduit en nombre et privé de la cohésion nécessaire au suc-

cès, le parti de la réforme n'a pu que s'incliner devant le parti du *statu quo*.

B. L'affaiblissement du parti de la réforme reflète une appréhension grandissante des États devant les coûts de la construction européenne

Deux évolutions distinctes sont à la base de cette évolution. Une montée des coûts institutionnels et budgétaires de la construction d'un côté et une crise d'identité sans précédent de l'Union européenne qui brouille la perception des avantages qui s'y attachent.

1. La montée des coûts

a. *Sur le plan institutionnel.* L'accroissement progressif du nombre des membres de l'Union européenne oblige celle-ci, dès lors qu'elle veut conjurer les risques de blocage, à renforcer sa dimension supranationale. La pression s'exerce à la fois sur la Commission, qui ne peut assumer les fonctions qui lui sont confiées qu'en rompant un peu plus le cordon ombilical reliant chaque commissaire à un État particulier, et sur le Conseil, qui est confronté à la nécessité de généraliser le recours à la majorité qualifiée dans tous les domaines de la vie de l'Union et dans chacune de ses formations, y compris le Conseil européen des chefs d'État ou de gouvernement.

Cette marche à la supranationalité, véritable révolution culturelle pour les États membres, est à la fois techniquement irrésistible et politiquement inacceptable pour de nombreuses administrations nationales dont elle menace sérieusement les pouvoirs. A bien des égards, la CIG apparaît comme une vaine tentative pour dénouer cette contradiction et pour maintenir dans l'Europe de demain, au prix de quelques modifications cosmétiques, l'ordre institutionnel préalable à l'élargissement.

b. *Sur le plan budgétaire.* Bien que le budget de l'Union ne représente aujourd'hui que 1,21 % de la richesse communautaire et doive être, malgré l'élargissement, plafonné durablement, semble-t-il, à 1,27 % (à rapprocher des 56 % du produit intérieur affecté à la dépense publique dans un État comme la France), le fardeau budgétaire de l'Union est perçu comme inacceptable par un nombre croissant d'États et, en particulier, par le principal contributeur net qu'est l'Allemagne.

Cette allergie grandissante de certains au fardeau financier communautaire est à la fois préoccupante et significative. Elle est préoccupante car elle est lourde de sérieuses difficultés : la volonté affichée par la RFA et les Pays-Bas de cesser d'être des contributeurs nets aussi massifs peut les conduire à exiger une modification substantielle du cadre financier, cette modification se traduisant à son tour soit par la remise en cause à terme de l'enveloppe fonds structurels attribués à certains États, comme l'Espagne, soit par un accroissement important de la contribution nette française, réduction ou accroissement qui mettrait en péril le double processus de ratification du traité et d'acceptation de l'ouverture des négociations d'adhésion dans les États concernés.

Cette évolution est également significative de la nature, somme toute assez misérable, d'un budget communautaire qui reflète moins la volonté commune de faire un certain nombre de choses ensemble qu'une préoccupation de dédommagement accordé à certains membres en échange de l'ouverture de

leurs frontières et de la mise en œuvre du marché intérieur : dédommagement en termes de financement et de modernisation de l'agriculture négocié par les Français dès les années 1960, dédommagement en matière de fonds structurels négocié à la fin des années 1980 par les États du Sud, emmenés par l'Espagne. Faute d'ambitions vraiment communes, cette double politique de dédommagement – Bismarck aurait parlé de « pourboires » – produit des flux budgétaires structurellement déséquilibrés et suscite des réactions néothatchériennes dans les États contributeurs.

La symétrie des crises – enlisement du processus de réforme institutionnelle, montée en puissance de la revendication budgétaire des États contributeurs – a quelque chose de fascinant. Le choc subi par la construction européenne ne serait toutefois pas si fort si la pression exercée par l'élargissement sur les coûts institutionnels et budgétaires de la construction européenne n'était pas amplifiée par la crise d'identité sans précédent qui affecte depuis quelques années l'Union et qui frappe de suspicion légitime les efforts demandés aux États membres pour la renforcer. La crise des moyens révèle l'incertitude des fins.

2. La crise identitaire de l'Union

Les années 1990, marquées par la réunification allemande, la libération de l'Est européen et le démembrement de l'URSS, ont fortement malmené l'identité européenne. La crise identitaire est perceptible à deux niveaux :

a. *Les frontières.* De 1950 à 1989, la construction européenne était bornée dans son extension par le rideau de fer et par la neutralité plus ou moins imposée à certains par la guerre froide. Depuis 1989, l'Europe ne sait plus où elle s'arrête et se révèle à la fois peu désireuse et incapable d'imaginer des critères géopolitiques clairement définis et communément admis pour l'établissement de ses frontières. Le concept d'Europe en cercles concentriques permet d'atténuer marginalement les frustrations des pays qui restent en dehors de l'Union, mais ne nous dispense pas d'une réflexion précise sur les contours finaux de l'Union européenne. La notion de cercles concentriques devrait du reste perdre une part de son intérêt dès lors que l'Union monétaire tendra, comme il semble que ce doive être le cas, à s'identifier à l'Union européenne dans son ensemble.

Le débat sur les perspectives de l'adhésion turque, dont personne n'ose vraiment dire si elle est exclue pour des raisons conjoncturelles liées aux droits de l'homme ou pour des raisons structurelles liées à son altérité géopolitique, est à cet égard très significatif : les Turcs ne se satisferont pas d'une solution en demi-teinte qui les maintiendrait dans les cercles périphériques de l'Union. On ne pourra pas se dispenser de leur répondre par oui ou par non ; or l'adhésion potentielle de la Turquie ouvrirait la voie à une construction européenne d'un type entièrement nouveau et entraînerait à terme l'adhésion de certains États successeurs de l'Union soviétique, voire de la Russie, ainsi que de certains États du Maghreb.

Il est clair que l'Union ne saurait avoir ni les mêmes objectifs ni les mêmes institutions selon qu'elle s'engage sur une telle voie ou qu'elle prétend arrêter son expansion potentielle aux pays Baltes, à

la Pologne et à la Bulgarie. Or, il ne faut pas s'y tromper : en refusant obstinément de poser autrement qu'en termes diplomatiques et tactiques la question des frontières de l'Union, nous sommes incapables d'ouvrir un débat politiquement significatif, c'est-à-dire compréhensible par les citoyens, sur les questions institutionnelles.

b. *Les compétences.* La guerre froide avait entraîné un partage des compétences entre, d'un côté, la communauté européenne, doublement spécialisée dans l'action économique – ouverture des frontières et politiques communes – et dans l'exaltation de la paix retrouvée sur le vieux continent, et, de l'autre, la communauté atlantique en charge des grands dossiers politico-diplomatiques que sont la défense et la sécurité. Les années 1990 ont vu se brouiller les frontières entre compétences européennes et atlantiques. Tandis que les Américains se sont attachés, non sans succès, à organiser leur désengagement militaire d'Europe sans renoncer pour autant à leur *leadership* politique, les Européens ont proclamé leur volonté de franchir la porte sacrée de l'action politique, mais n'ont pas à ce jour répondu à la question de savoir si les liens qui les unissaient entre eux étaient plus ou moins forts que les liens qui unissaient la plupart d'entre eux aux États-Unis, et cette panne de conscience identitaire n'a pas peu contribué à empêcher la projection de l'Europe sur la scène internationale.

c. *L'articulation des frontières et des compétences.* Il existe en effet un lien fort entre l'incertitude sur les frontières finales de l'Union européenne, l'indétermination de son contenu politique et l'enlisement du débat institutionnel. Tout se passe comme si, après un demi-siècle de petits pas successifs qui ont permis d'avancer tout en repoussant les problèmes de fond, l'Union européenne avait le choix entre deux concepts très différents, choix qu'on aurait tort de réduire à l'opposition caricaturale de l'Europe-puissance et de l'Europe-espace :

• Un concept, qu'on pourrait qualifier d'allemand, qui fait de l'Union européenne *un instrument intra-européen de civilisation des relations* par la mise en place de coopérations juridiquement organisées entre des États qui se sont fait longtemps la guerre. Cette lecture introvertie et rétrovisuelle de l'aventure européenne fait de l'Union le cadre accueillant de toutes les réconciliations historiques : France-Allemagne, Royaume-Uni/Irlande, Allemagne-Pologne, Grèce-Turquie. Elle autorise une extension géographique très large impliquant à terme non seulement la Turquie mais également la Russie, s'accommode parfaitement d'une satellisation politique de l'Europe par les États-Unis et suppose un système institutionnel relativement lâche et, par-dessus tout, fondamentalement polycentrique.

• Un concept, qu'on pourrait considérer comme français, qui fait de l'Union européenne *un instrument de projection des Européens sur la scène internationale* dans le cadre d'une planète rétrécie aux dimensions d'un village global. Une telle conception se fonde sur l'idée que, malgré les apparences, les Américains n'ont ni la volonté ni même, peut-être, la capacité d'assumer seuls dans toutes ses conséquences politiques, militaires et financières la responsabilité de créer et de préserver un ordre inter-

national stable et pacifié. Selon cette conception, l'Europe de demain n'a pas pour objet de régler les problèmes d'hier et de célébrer indéfiniment les réconciliations européennes qui appartiennent au passé mais d'aider à ajuster ensemble les intérêts des grandes régions du monde. Il s'agirait de faire subir au projet européen une véritable révolution copernicienne, l'Union cessant d'avoir pour fonction première de permettre aux États européens de se protéger contre la menace devenue imaginaire d'une guerre à l'intérieur des frontières de l'Union et puisant sa vitalité dans la nécessité de faire jeu égal avec les autres grands de ce monde, et d'abord avec le grand frère américain. Cette lecture extravertie et prospective du projet européen suppose une Union européenne assez indépendante pour accepter le prix de son émancipation militaire, assez étroite pour rester cohérente et dominée par les États de l'Ouest européen, et assez forte institutionnellement – un quasi-État fédéral – pour mener une stratégie diplomatique et militaire ferme et vigoureuse.

Le paradoxe de toute l'affaire, c'est que, dans cet univers à la Pirandello, les personnages échappent aux rôles qui devraient être le leur et se livrent à des gesticulations plus ou moins cohérentes : adeptes d'une Union étroite et tournée vers la puissance, les Français regardent pourtant les Turcs avec les yeux de François Ier et paraissent incliner, au nom de la stabilité à assurer en mer Égée, à ouvrir, fût-ce à terme éloigné, les portes de l'Union à un État qui deviendrait tout aussitôt la première puissance, au moins sur le plan démographique, du nouvel ensemble désormais éclaté. A l'inverse, l'Allemagne, chantre traditionnel de l'élargissement continu, regarde avec une méfiance avivée par la proximité des élections l'idée de faire des travailleurs turcs séjournant en Allemagne des citoyens communautaires. Comprenne qui pourra !

Ainsi l'incapacité de l'Union européenne à accomplir à Amsterdam les réformes annoncées résulte-t-elle largement de son incapacité à penser le modèle institutionnel, celle-ci s'expliquant à son tour par une double incapacité à penser l'Europe comme objet géopolitique déterminé et l'Union comme lieu d'exercice de responsabilités politiques limitées mais précises. Cette confusion générale des esprits explique trois des contradictions majeures de l'affaire d'Amsterdam :

• *Le double mouvement de renforcement et de dénaturation du système communautaire*, et en particulier de ce qui en est l'épicentre : la Commission. Tout se passe comme si l'on voulait à la fois renforcer et affaiblir cette dernière : la renforcer parce que le bon fonctionnement d'une Europe élargie l'exige et l'affaiblir parce que son renforcement est insupportable et peut paraître superflu aux yeux de négociateurs nationaux aux ambitions européennes modestes.

• *La valse hésitation sur la politique étrangère*. Les États membres qui souhaitent voir l'Union affirmer sa personnalité politique internationale ne se sont pas seulement heurtés aux eurosceptiques d'Europe du Nord, attachés à une conception de l'Union délibérément économique et commerciale, ils se sont aussi divisés entre eux.

– D'un côté, les plus européens des États petits et moyens, tels la Belgique,

souhaitent voir la politique étrangère communautarisée et n'admettent pas que, en l'absence de consensus sur une diplomatie commune qui ne soit pas simplement déclaratoire et compassionnelle, on tienne pour une illusion d'attendre de la règle de la majorité qualifiée, qui suppose pourtant le consensus sur l'essentiel, le moyen de passer outre les divergences politiques majeures entre États membres.

– De l'autre côté, des États comme la France n'envisagent pas de politique extérieure commune fondée sur autre chose que sur des accords passés entre un nombre plus ou moins restreint d'États. Position anticommunautaire puisqu'elle suppose à la fois la constitution d'un cercle de coopération renforcée à l'intérieur de l'Union et un processus de décision largement intergouvernemental.

Il est remarquable d'observer que ces deux démarches se sont paralysées mutuellement à Amsterdam. Les grands États ont refusé le passage à la majorité qualifiée où ils voyaient, sans doute à juste titre, la mise en tutelle non compensée par l'apparition d'une vraie diplomatie commune des diplomaties nationales. Les petits ont quant à eux répugné à voir apparaître dans ce secteur sensible la possibilité de coopérations renforcées derrière lesquelles se profilait l'ombre honnie d'un directoire des grands.

• *L'ambiguïté de l'euro.* Le succès apparent du processus d'union monétaire, qui semble avancer en dépit de difficultés économiques et politiques majeures, doit être à la fois relevé et relativisé. Relevé parce qu'il s'agit d'un événement considérable par ses implications économiques et psychologiques, qui devrait affecter en profondeur la relation de chaque citoyen européen à l'Union, relativisé parce que ce succès se construit sur une ambiguïté, ambiguïté gérable mais significative des contradictions présentes de l'Union.

Disons, pour faire court, que la mise en place d'une monnaie unique dans un cadre institutionnel caractérisé par l'indépendance de l'autorité monétaire, mise en place assortie de contraintes disciplinaires en matière budgétaire, se situe à la charnière de deux arrière-pensées divergentes. Pour les Français, il s'agit de franchir un pas décisif vers l'union politique en constituant l'Union européenne en acteur économique à part entière et en la dotant, au moins à terme d'une capacité de régulation macro-économique commune. Pour les Allemands, il s'agit en fait de dépolitiser la gestion monétaire et d'inviter les Européens à se consacrer à ce qu'on appelle les « réformes structurelles », c'est-à-dire en fait à substituer des actions micro-économiques nombreuses et courageuses à une régulation macro-économique perçue, sauf en cas de choc asymétrique exceptionnel, comme sans objet. S'il est probable que de telles divergences de pensée n'excluent pas des compromis opérationnels permettant de faire tourner plus ou moins bien la machine, il est en revanche très vraisemblable qu'elles tendront à limiter singulièrement, au moins à court terme, les effets potentiels d'entraînement politique de l'union monétaire.

III. Comment Surmonter cet Échec ?

Les problèmes qui se posent aujourd'hui sont à la fois techniques et politiques. Techniquement, il s'agit de faire ce que ni le groupe de travail Westendorp ni la

Conférence intergouvernementale n'ont réellement fait : l'inventaire des changements à opérer et le classement hiérarchique des priorités. Politiquement, il faut s'attacher à reconstituer un rapport de forces favorable au parti de la réforme.

A. Définir et hiérarchiser nos priorités

La question centrale qui se pose à l'Union européenne, sur le plan institutionnel, est celle de l'avenir du système communautaire, c'est-à-dire d'un ensemble original d'institutions et de procédures qui, pour être d'essence fédérale, ne ressemble à aucune expérience fédéraliste connue et qui vise à concilier, de manière encore imparfaite, le rôle central des États dans le processus décisionnel, l'acceptation par ces États de contraintes définies en commun selon des procédures strictes et soumises au contrôle d'une autorité juridictionnelle indépendante, et enfin, par le biais du Parlement européen, une association croissante des citoyens à l'élaboration des décisions. Concrètement, le système communautaire repose sur les éléments suivants :

– répartition des fonctions au sein d'un *gouvernement bicéphale* entre une Commission, organisée sur une base sectorielle et fonctionnelle et chargée de proposer, d'exécuter et de contrôler les décisions, et un Conseil des ministres représentant les États en charge de la décision ;

– *vote à la majorité pondérée et qualifiée* au sein du Conseil des ministres, mécanisme qui vise et parvient à concilier la double exigence d'efficacité et de consensus ;

– régime de la *double clé*, Conseil des ministres et Parlement européen, pour ce qui touche aux décisions législatives et budgétaires, régime qui préserve les États de tout risque de subversion par le Parlement mais les oblige pour aboutir à obtenir l'aval parlementaire ;

– garantie d'une *autorité juridictionnelle indépendante* en vue d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire et son égal respect par les États et les institutions ;

– attribution à une *banque centrale indépendante* de la gestion de la politique monétaire.

Dans le passé, ce système a démontré son efficacité dans la mesure où tout ce qui s'est fait à l'intérieur de l'Union l'a été dans un cadre et selon des procédures communautaires et que tout ce qui a été tenté dans un cadre et selon des procédures intergouvernementales a échoué. L'objectif général doit être de conforter ce système communautaire, ce qui implique en priorité de créer les conditions qui lui permettent de survivre au prochain élargissement et ce qui implique également – mais ici le degré d'urgence est évidemment moindre – de veiller à ce que soient poursuivies tout à la fois sa démocratisation et son extension à de nouveaux domaines. La hiérarchie est donc claire : *d'abord sauvegarder*, ce qui exige au demeurant un train important de réformes, *ensuite progresser* et, sachant que les conditions nécessaires à des changements indispensables ne pourront être réunies dès à présent, *introduire dans le dispositif les flexibilités nécessaires* aux évolutions futures.

1. Sauvegarder le système communautaire

Il s'agit de prévenir les dérives liées à l'élargissement. Ces dérives touchent en particulier aux questions relatives à la

Commission, au Conseil, au Parlement, au cadre financier et à la composition des organes juridictionnels de l'Union.

a. *La Commission.* Le groupe de travail et la Conférence intergouvernementale se sont presque exclusivement contentés de réfléchir à la composition de la Commission et ne sont d'ailleurs parvenus sur ce point à aucun résultat satisfaisant. Il convient à la fois d'élargir le champ de la réflexion à des domaines ignorés par la CIG et de préparer un modèle cohérent de fonctionnement pour la Commission. La recherche doit s'orienter dans trois directions :

• *La clarification des responsabilités respectives de la Commission et du Conseil*, la répartition de celles-ci devant impérativement obéir à un partage fonctionnel des tâches – proposition, exécution, contrôle à la Commission, décision au Conseil – et non à une répartition sectorielle des compétences – compétences économiques à la Commission, compétences politiques au Conseil –, répartition sectorielle vers laquelle le traité d'Amsterdam a, hélas, fait un pas en instituant un haut représentant pour la politique extérieure.

• *Le renforcement des capacités d'intervention administrative de la Commission.* L'élargissement conduisant à une hétérogénéité grandissante des encadrements administratifs nationaux et les politiques communautaires ne pouvant, dans une Union de près de 500 millions de personnes, être gérées de Bruxelles, il est essentiel de mettre en place des services administratifs déconcentrés de la Commission sur les territoires des États membres, services chargés de gérer au plus près des bénéficiaires la répartition des crédits et d'en contrôler l'utilisation par les États membres. Une telle initiative ne suppose pas de modification majeure du traité, mais se heurtera cependant à l'évidence à des réticences politiques et culturelles très fortes (voir à ce sujet, l'agitation par le chancelier Kohl du spectre de Léviathan).

• *La réorganisation du Collège.* Celle-ci suppose l'élaboration d'un concept nouveau combinant, dans des proportions à définir, la collégialité, la représentativité et l'indépendance. La réforme suppose la prise en compte d'une double incompatibilité : incompatibilité entre le maintien de la collégialité et l'existence d'un nombre élevé de commissaires placés en situation de stricte égalité, incompatibilité entre l'égalité absolue des États membres et le maintien d'un lien représentatif fort entre chaque commissaire et son État d'origine. Il faut donc choisir entre deux modèles. Soit le modèle français d'une commission réduite à neuf ou dix membres, qui maintient tout à la fois l'égalité entre commissaires (droit de vote reconnu à chaque membre de la Commission), l'égalité entre États membres (rotation) et le caractère collégial (petit nombre), mais qui suppose la rupture de tout lien représentatif entre les États membres et les commissaires (nombre de commissaires inférieur à celui des États, nomination et révocation éventuelles par le président). C'est assurément le système le plus communautaire. Il présente toutefois deux inconvénients : il implique une rupture totale de continuité tous les cinq ans du fait de la rotation et, en réduisant le Collège, il limite la capacité physique d'encadrement politique de l'administration communautaire et de présence effective des commissaires sur le terrain.

Quant au second modèle, qu'on pourrait qualifier de « traditionnel rénové », il suppose la présence d'un national de chaque État à la Commission au titre de la représentativité et de deux commissaires pour les grands au titre de l'équilibre, le maintien de l'égalité formelle entre tous les commissaires et la reconstitution d'un pouvoir de fait, organisé autour du président et d'un petit nombre de commissaires ou de vice-présidents auprès desquels les autres membres sont placés en qualité de commissaires délégués.

Il convient, en revanche, de souligner l'inadéquation du choix amorcé à Amsterdam : exaltation, à peine dissimulée, de la fonction de représentation des États membres par les commissaires et remise en cause de l'élément de rééquilibrage que constitue l'existence d'un second commissaire pour les grands États. Il est clair en effet que la transformation de la Commission en un « Coreper » (comité de représentants permanents [des États]) votant à la majorité simple conduit tout droit à sa délégitimation par les grands États.

b. *Le Conseil.* Pour maintenir intacte sa capacité décisionnelle et sa cohérence politique, menacées l'une et l'autre par l'élargissement, le Conseil doit faire l'objet d'une quadruple réforme :

• *La généralisation de la majorité qualifiée.* Aucune politique communautaire ne sera même envisageable dans une Union de plus de quinze membres sans que soit remis en cause la trentaine de cas de décision à l'unanimité qui demeure la règle. Cette extension de la majorité qualifiée doit notamment concerner toutes les décisions relatives au fonctionnement institutionnel de l'Union, telle que, par exemple, la nomination du président de la Commission. Elles doivent également concerner en priorité la coordination des politiques budgétaires, l'harmonisation fiscale et les *minima* sociaux, prolongements indispensables de l'union monétaire.

Il est clair que la généralisation du vote à la majorité qualifiée fait peur. Il convient toutefois d'en finir avec l'hypocrisie selon laquelle on pourrait faire quoi que ce soit, dans une Europe de vingt ou vingt-cinq membres, à l'unanimité. Il faut, au contraire, développer l'idée selon laquelle tout ce qu'on fait dans le cadre de l'Union européenne doit l'être à la majorité qualifiée, ce qui implique en revanche que les décisions que l'on ne peut accepter de voir prendre à la majorité qualifiée relèvent soit de la compétence des États membres soit de coopérations renforcées. Entre une unanimité qui ne donne rien à quinze ou plus et une majorité qualifiée qui exige parfois trop d'un État, seul un raisonnement fondé sur la subsidiarité peut dénouer la contradiction.

• *L'adaptation des pondérations.* En l'absence de tout progrès du principe de la double majorité simple (majorité des États pour peu qu'ils représentent une majorité des populations) qui aurait pour effet d'abaisser sensiblement le seuil d'adoption des décisions et qui, à ce titre, inquiète un grand nombre d'États, il conviendrait de procéder à l'occasion des vagues successives d'élargissement à une modification limitée des pondérations visant, dans le respect des parités à l'intérieur des différents groupes d'États, à maintenir l'équilibre grands-petits tel qu'il existait dans l'Europe à douze, équilibre qu'on pour-

rait exprimer dans la formule paradoxale suivante : un demi égale un tiers (la moitié de la population de l'Union qui est issue des États les plus peuplés doit, en termes arithmétiques, être représentée par un tiers des voix, cette proportion devant demeurer constante au fil des élargissements successifs).

• *L'introduction au Conseil européen des modes de fonctionnement en usage au Conseil des ministres.* Il s'agirait en particulier d'introduire le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil européen, ce qui ne serait d'ailleurs pas une complète innovation puisque, au conseil européen de Milan, les chefs d'État ou de gouvernement se sont prononcés à la majorité qualifiée.

• *La restructuration du Conseil des ministres* en vue de limiter les inconvénients de l'intermittence et de la polysynodie. Cette restructuration passe sans doute par une augmentation du nombre des réunions du Conseil européen et/ou par une réforme du conseil affaires générales, qui devrait se réunir deux fois par mois et être composé des ministres des Affaires européennes et non plus de ceux des Affaires étrangères des États membres.

c. *Le Parlement.* Les effets négatifs de l'hétérogénéité croissante des cultures politiques représentées doivent être limités grâce au renforcement de règles communes. Il faut, avant tout élargissement, que les parlementaires européens se voient dotés d'un statut uniforme leur permettant, par exemple, d'être assujettis à un régime immunitaire et indemnitaire commun ainsi qu'à une procédure électorale et à des règles de cumul de mandats identiques.

d. *Le cadre financier.* La procédure de détermination des ressources propres et de fixation du taux maximal de prélèvement (le « plafond ressources propres ») doit aussi être réformée. Cette procédure est analogue aujourd'hui à un véritable traité requérant à la fois unanimité des gouvernements et ratification par l'ensemble des parlements nationaux. Cette situation n'est pas compatible avec le développement harmonieux d'une Union élargie. Celle-ci doit pouvoir disposer de ressources nouvelles et fixer dans des conditions rationnelles le taux maximal de prélèvement. Sans doute faudrait-il imaginer à cet effet une procédure de décision combinant le vote à la majorité qualifiée et la ratification par les deux tiers des membres du Parlement européen, ce qui paraîtrait de nature à ménager les droits des États contributeurs nets. Les difficultés de ratification de l'accord d'Édimbourg démontrent qu'il s'agit là d'une réforme nécessaire, mais dont l'acceptabilité par les parlements nationaux est à ce jour fort douteuse.

La nature des ressources propres devrait être impérativement modifiée de manière à doter l'Union européenne de contributions authentiquement communautaires et non pas, comme c'est le cas aujourd'hui, d'une addition de contributions nationales. Ces ressources potentielles devraient être soit définies dans leur nature, leur assiette et leur taux maximal par le traité, soit voir, sur la base d'une liste établie par le traité, leur assiette et leur taux définis dans le cadre de la « décision ressources propres » visée plus haut.

Il y a lieu de souligner que, faute d'une réforme appropriée du système de ressources et des procédures décisionnelles correspondantes, on assistera à une montée en puissance des surenchères

nationales dans le domaine budgétaire et à une dégradation préoccupante du climat communautaire.

e. *La composition des organes juridictionnels.* Cour européenne de justice, Tribunal de première instance et Cour des comptes. *Mutatis mutandis*, la situation de ces organismes est comparable à celle de la Commission et appelle une réflexion sur leur composition, les modalités de désignation de leurs membres et les mesures de restructuration interne, par exemple par le développement de l'organisation camérale en leur sein.

On le voit : les réformes indispensables, celles qui n'ont d'autre but que d'assurer le maintien d'une Europe élargie dans des conditions satisfaisantes de fonctionnement sont en elles-mêmes considérables. On songe ici à Alice, qui « devait courir très très vite simplement pour ne pas reculer ».

2. Démocratiser et étendre le système communautaire

a. *Démocratiser les institutions.* Outre l'adoption du statut des parlementaires et de la procédure électorale uniforme évoquée plus haut, ces réformes passent par la généralisation de la codécision législative, la réforme de la procédure budgétaire visant à unifier le budget dans le cadre d'une codécision spécifique entre les deux branches de l'autorité budgétaire, Conseil et Parlement, un accroissement sensible des pouvoirs d'enquête et d'investigation du Parlement européen et enfin une association réelle de ce dernier au processus d'élaboration et/ou de ratification des traités.

Ces réformes sont dans l'ensemble moins urgentes que celles qui sont destinées à prévenir les effets diluants et paralysants de l'élargissement. Il reste que la démocratisation de la procédure de révision des traités qui passe par la délibération publique, tant au niveau européen qu'au niveau national, des futures règles institutionnelles peut être un facteur non négligeable de déblocage du « processus constituant » aujourd'hui monopolisé par les professionnels de la diplomatie.

b. *Étendre le système communautaire.* Les nouvelles politiques définies à Maastricht – politique économique dans le cadre de l'union monétaire, politique extérieure commune, politique de sécurité et de défense, affaires intérieures et justice – ont été proclamées, mais, qu'elles figurent ou non dans le premier pilier du traité, n'ont pas reçu les moyens institutionnels nécessaires et demeurent donc de ce fait assez largement lettre morte. Il s'agit en particulier des politiques budgétaires, fiscales et sociales qui devraient être décidées à la majorité qualifiée, de la politique étrangère et de sécurité commune ou de l'harmonisation des politiques pénales.

Ne nous leurrons pas : si l'on excepte les politiques visant à prolonger sur le plan budgétaire, fiscal et social la mise en place de l'euro – politiques qui suscitent de fortes résistances, mais qui, dans des limites à définir par application du principe de subsidiarité, devraient s'imposer au fur et à mesure que la zone monétaire unique produira tous ses effets –, il sera très difficile de franchir dans les autres domaines, et en particulier dans celui de la politique étrangère et de sécurité, le « saut qualitatif » attendu ici et là. Des solutions audacieuses ne peuvent en effet être envisagées à court terme dans le domaine de l'action internationale car

elles supposeraient que soient au préalable résolues les questions centrales, laissées à ce jour sans réponse, des frontières finales et du rôle géopolitique de l'Union européenne. La crise identitaire dont souffre aujourd'hui l'Union doit donc nous conduire, d'un côté, à concentrer nos efforts de réforme sur la sauvegarde du système communautaire et, de l'autre, à favoriser l'émergence d'un débat à long terme de clarification de l'objet géopolitique intitulé Union européenne.

3. Préserver la capacité d'évolution du système

Il est clair que les mesures destinées à sauvegarder, démocratiser et étendre le système communautaire ne sont pas toutes, tant s'en faut, susceptibles d'être adoptées à court ou à moyen terme. Encore faut-il qu'elles ne soient pas progressivement exclues du champ du possible sous l'effet d'élargissements qui rendraient de plus en plus difficile la révision du traité, celle-ci requérant la signature et la ratification unanime d'États de plus en plus nombreux et de moins en moins déterminés à aller de l'avant.

Trois orientations méritent à cet égard la réflexion :

a. *La révision de l'article N.* L'article N, relatif à la révision du traité, devrait être modifié en vue de substituer, sous condition d'une ratification très sélective par le Parlement européen (par exemple à la majorité des deux tiers de ses membres), la règle de la majorité qualifiée, fût-elle non pondérée, à la règle de l'unanimité. Ne nous y trompons pas toutefois, cette réforme est, pour fort longtemps, totalement hors de portée.

b. *Le développement des coopérations renforcées.* Amsterdam a prévu pour la mise en œuvre de telles coopérations une triple limitation : il suffit en fait de l'opposition d'un seul État membre pour rendre impossible à ceux d'entre eux qui le souhaiteraient d'engager une coopération renforcée ; les affaires extérieures et de sécurité sont exclues du champ des coopérations renforcées alors que c'est sans aucun doute dans ces domaines-là qu'elles pourraient se révéler le plus utiles ; les règles en usage pour la prise de décision en coopération renforcée sont les mêmes que celles qui seraient en usage pour les quinze dans les domaines concernés alors qu'à l'évidence l'un des objectifs des coopérations renforcées serait de substituer la majorité qualifiée à l'unanimité dans un domaine déterminé afin de faciliter la prise de décision et d'éviter tout blocage institutionnel en cas d'extension prévisible et progressivement paralysante du nombre des « coopérants renforcés ». Ces trois blocages devraient être levés à l'occasion de la prochaine révision.

c. *La détermination de* fast tracks *à l'intérieur du traité.* Pour peu qu'on ne veuille pas porter atteinte à la sacrosainte règle de l'unanimité pour la révision des traités ni céder en toute occasion à la tentation de l'Europe à géométrie variable impliquée par les coopérations renforcées, il devrait être envisageable de déterminer, par le traité, des blocs d'évolutions institutionnelles possibles, évolutions qui se feraient dans des conditions de procédure facilitées (vote à la majorité qualifiée et sans pondération par les États, ratification par les deux tiers des membres du Parlement européen par exemple). C'est ainsi qu'à titre d'exemple pourraient faire l'objet de

ces procédures de révision *fast track* certaines des dispositions suivantes :

– la substitution de la majorité qualifiée à l'unanimité pour certaines catégories de décisions, dont, par exemple, celles à caractère institutionnel ;

– le passage dans le premier pilier de certaines catégories de décisions qui figurent actuellement au second ou au troisième ;

– le renforcement des compétences du Parlement européen et de la Cour européenne de justice dans les différents piliers, et notamment dans le troisième.

– la détermination, dans des conditions de fond, de forme et de calendrier précisément énumérées par le traité, d'une nouvelle procédure d'adoption de la « décision ressources propres ».

Ainsi l'inventaire des changements à opérer et la mise en perspective des priorités en fonction de l'urgence déterminent-ils le calendrier des initiatives à prendre : priorité des priorités, la sauvegarde du système communautaire dans une Europe élargie délimite un champ d'innovations potentielles très étendu, qui a pourtant été systématiquement ignoré par ceux qui étaient en charge du dossier et qui ont eu pour principal souci de le clore à moindres frais. Si l'on excepte les mesures de sauvegarde de l'industrie européenne de l'armement ou l'ébauche d'une tentative d'édification d'une force européenne d'intervention dans le cadre de l'OTAN, la montée en puissance de l'Union européenne sur le plan politique apparaît en revanche hors de portée à court terme. Le renforcement des dispositions institutionnelles destinées à rendre possible la mise en place d'une véritable capacité de préparation, de décision, d'exécution et de contrôle d'une politique étrangère et de sécurité commune digne de ce nom relève à l'heure présente du vœu pieu, non seulement parce que les États ne semblent pas disposés à avancer significativement dans cette voie, mais plus essentiellement parce qu'il faudrait au préalable que soit conduit à son terme un effort de longue haleine, de clarification conceptuelle sur la nature, les limites et les fonctions de cet objet géopolitique insolite que l'on nomme Union européenne.

Le temps long de la prise de conscience collective et de la maturation intellectuelle impose ici ses rythmes.

B. Rendre ses chances au parti de la réforme

La relance, en parallèle aux négociations d'élargissement, du processus de réforme des institutions n'est pas chose facile. L'exercice qui a conduit au constat de carence d'Amsterdam a donné la migraine à toutes les chancelleries. Aucun gouvernement n'a le désir de se remettre sans délai à la tâche, même si chacun voit bien dans la perspective des futures adhésions que les responsabilités des membres de l'Union européenne ne pourront à cet égard être indéfiniment éludées.

Le parti des réformes dispose pourtant d'un certain nombre de moyens potentiels. Il peut jouer simultanément de trois leviers : juridique, diplomatique et démocratique.

1. Le levier juridique

La situation juridique présente une quadruple caractéristique :

a. *Le protocole annexé au traité d'Amsterdam ne garantit pas que les*

réformes institutionnelles précéderont les élargissements. Ce protocole « sur les institutions dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne » constitue un cadre en trompe l'œil pour les futures évolutions institutionnelles. Dans son article 1er, il prévoit qu'« à la date de l'entrée en vigueur du premier élargissement […] la Commission se compose[ra] d'un national de chaque État membre, à condition qu'à cette date la pondération des voix au sein du Conseil ait été modifiée ».

Triple absurdité qui place au centre des réformes à entreprendre la pire d'entre elles, c'est-à-dire la suppression du second commissaire pour les grands États, qui établit un lien contre nature, véritable péché nationaliste contre l'esprit, entre la réforme de la Commission et celle de la pondération des voix au Conseil, et qui, enfin, ne débouche sur rien puisque l'article 2 du même protocole appelle « avant que l'Union européenne ne compte plus de vingt États membres […] un réexamen complet des dispositions des traités relatives à la composition et au fonctionnement des institutions ». S'il s'agit, sur la base de ce dernier propos, de mettre en place une Commission dont les membres seraient en nombre inférieur à celui des États, n'est-il pas étrange de dissocier dans le temps les concessions à opérer par les grands États, (l'abandon du second commissaire prévu par l'article 1er) et par les petits (l'abandon du principe d'un commissaire par État membre esquissé par l'article 2) ? En vérité, les dispositions du protocole conduisent tout droit à l'extension indéfinie d'une Commission composée d'un national de chaque État membre, c'est-à-dire à la liquidation politique à brève échéance de l'institution.

L'article 2 présente, quant à lui, deux faiblesses majeures.

– Il autorise, avant tout commencement de réforme sérieuse, l'admission de cinq nouveaux États membres, qui pourraient être, par exemple, la Pologne, la Hongrie, la République tchèque, la Slovénie, la Lituanie et Chypre. Or, ces admissions réalisées, il sera totalement impossible d'entreprendre aucune réforme institutionnelle ambitieuse.

– Il ne subordonne pas la vingt et unième adhésion à la conclusion du processus de réforme, mais simplement à son inauguration puisqu'il se contente de disposer qu'« un an au moins avant que l'Union européenne ne compte plus de vingt États membres, une conférence des représentants des États membres [sera] convoquée ». En d'autres termes, il est possible de procéder à l'adhésion du vingt et unième membre et des suivants sans qu'aucune révision du traité ait été signée ou ratifiée, et d'ailleurs sans même que la CIG ait seulement conclu ses travaux.

Ce protocole en trompe l'œil ne nous est donc d'aucun secours. Bien plus, il constitue une véritable incitation à commettre l'irréparable en entretenant l'illusion selon laquelle quelques adhésions nouvelles seraient sans conséquence fâcheuse puisque le « réexamen complet » des institutions est, en tout état de cause, prévu !

Le parallélisme entre la volonté d'élargissement et la conduite des réformes institutionnelles a bien été brisé à Amsterdam. Les États réformateurs ne peuvent compter, pour relancer le processus, que sur leur propre détermination politique.

b. *La perspective de l'élargissement accroît les chances du parti de la réforme.*

L'exigence d'une signature et d'une ratification unanimes pour la modification des traités a, dans l'exercice d'Amsterdam, pénalisé les partisans des réformes en les obligeant à s'aligner sur les moins-disants. Les perspectives de l'élargissement retournent à cet égard la situation au détriment des partisans d'un élargissement sans réformes puisque toute nouvelle adhésion suppose l'accord unanime des États membres. En d'autres termes, le pouvoir de bloquer change de camp. Il semble assez clair qu'un État comme la France serait, dès lors qu'il saurait avec exactitude ce qu'il veut, en mesure de négocier son « adhésion aux adhésions » contre l'adoption des dispositions institutionnelles nécessaires au succès de celles-ci. Brisé à Amsterdam, le parallélisme entre élargissement géographique et approfondissement institutionnel devrait sans doute pouvoir se reconstituer dans les années à venir.

c. *Le parallélisme élargissement-approfondissement autorise sur le plan juridique deux approches distinctes :*

• Une approche euclidienne qui suppose que les parallèles ne se rencontrent jamais et que le processus de révision institutionnelle et le processus d'élargissement débouchent sur deux séries de traités : un traité de révision négocié dans le cadre de la procédure prévue à l'article N et des traités d'adhésion distincts du premier.

• Une approche non euclidienne qui suppose une convergence juridique de deux démarches politiquement parallèles : l'élaboration des réformes et la préparation des adhésions. Suivant cette approche, il n'y aurait, pour le ou les premières adhésions, qu'un seul nouveau traité comportant ce que les juristes appelleraient un « cavalier institutionnel », c'est-à-dire un ensemble de modifications institutionnelles qui peuvent être très conséquentes.

Chacune de ces approches comporte ses inconvénients : la première expose le traité de révision à l'aléa d'un vote populaire négatif dans l'un des États qui seraient contraints de recourir à une procédure référendaire de ratification. La seconde facilite grandement les choses sur ce point puisqu'elle oblige les parlements nationaux, ou éventuellement les populations, à se prononcer, non sur des réformes institutionnelles seules, mais sur un paquet élargissement-réformes, la perspective de mener à bien le premier permettant d'avaler plus facilement les secondes !

Cette seconde approche comporte toutefois un inconvénient majeur : elle rend plus difficile de tenir les États candidats en dehors du processus de réforme et de les amener à signer, sans les avoir associés à l'élaboration préalable des réformes, ce qu'il faudrait bien nommer un « contrat d'adhésion », au double sens de ce terme.

Sans doute la solution réside-t-elle dans une dissociation plus prononcée du processus d'élaboration et du processus d'adoption des futures réformes, le premier de ces processus ne préjugeant pas de la nature du second. Les réformes seraient élaborées informellement à quinze, par exemple sur la base d'un projet établi par la Commission ou par un groupe de sages, avec une participation parlementaire plus ou moins active. C'est à partir de ce résultat intellectuel que serait déterminée la procédure for-

melle d'adoption la plus appropriée : révision à part entière dans le cadre de l'article N ou inclusion des réformes dans le premier des traités d'adhésion.

d. *Une grande partie des réformes à opérer ne nécessite pas une révision des traités.* Une grande partie des changements décrits plus haut appellent des décisions à l'unanimité, mais n'exigent pas de révision formelle des traités. Le noyau dur de cette révision sera constitué de l'extension du vote à la majorité qualifiée.

2. Le levier diplomatique

La perspective de l'élargissement devrait donc créer un rapport de forces potentiel plus favorable au parti de la réforme dans les années à venir. Il reste que la modification d'une situation juridique ne peut produire d'effets qu'à la condition d'être relayée par une véritable volonté politique. Pour que le parti de la réforme puisse l'emporter, il lui faut à la fois souder les réformateurs, Italie, Belgique et France, réveiller les conservateurs, RFA, Espagne et petits États, et rassurer les sceptiques. Rude besogne assurément !

a. *Souder les réformateurs.* Il ne suffit pas de se proclamer réformateur. Il faut aussi se mettre d'accord sur les réformes qu'on souhaite promouvoir ensemble. Face aux États traditionnellement attachés à la vulgate communautaire, tels la Belgique ou l'Italie, la France a besoin d'entreprendre un important travail de réflexion collective et de clarification intellectuelle pour se guérir de ce qu'il faut bien nommer sa schizophrénie institutionnelle, qui la conduit tout à la fois à préconiser et à diaboliser le système communautaire, à plaider pour un surcroît d'intégration tout en continuant d'exalter la « nation aux mains libres », l'État indépassable et la légitimité imprescriptible de la coopération intergouvernementale !

Il nous faut à la fois faire un choix et prendre une précaution : le choix, c'est celui du modèle communautaire tel qu'il a été décrit plus haut ; la précaution, quant à elle, doit nous conduire à proposer des réformes suffisamment prudentes et réfléchies pour ne pas apparaître comme provocatrices aux yeux des États moyens et petits. D'où l'intérêt qui s'attache à cet égard à la recherche d'une convergence de fond avec la Belgique.

b. *Réveiller les conservateurs.* Les États conservateurs – entendons par là les États traditionnellement favorables aux avancées européennes, mais qui ont préféré à Amsterdam le *statu quo* à la réforme – ne forment pas un bloc mais un ensemble hétérogène composé de trois éléments.

• Les *États petits et moyens*, dont le Portugal ou l'Irlande fournissent un bon exemple, sont très attachés à la poursuite de l'intégration, mais ont vu dans les réformes envisagées pour Amsterdam la menace d'une rupture de l'équilibre au profit des grands États. Cette catégorie est probablement susceptible d'évoluer positivement à l'avenir sous l'effet de deux facteurs : la crainte qu'avec la dilution du système, ce ne soient à terme les mécanismes de la solidarité structurelle qui volent en éclats, et l'assurance, qui dépendra largement de la nature des propositions qui seront faites par les États réformateurs, que les réformes se traduiraient, *mutatis mutandis*, par le maintien des équilibres grands-petits tels qu'ils existaient dans l'Europe à

douze. En somme, et c'est là le sens de tout l'exercice, il s'agit de dissocier dans l'esprit des gouvernements concernés, la cause du renforcement des institutions communes de celle d'un abaissement structurel des États moyens et petits.

• L'*Espagne* paraît à l'heure présente atteinte d'une variante ibérique de la schizophrénie traditionnelle de la France, dans la mesure où elle semble simultanément attachée à la conservation de ses avantages communautaires acquis et au refus de tout développement institutionnel nouveau. Il appartient à ses partenaires de lui faire entendre cette vérité d'évidence, à savoir qu'en Europe ne pas avancer c'est reculer, et qu'on ne peut tout à la fois maintenir un niveau de solidarité élevé sur le plan financier et faible sur le plan politique. L'exercice est délicat, mais devrait être facilité par une perception sans cesse plus aiguë des menaces liées à la mise en œuvre de l'Agenda 2000 et des revendications budgétaires allemandes. Encore faut-il trouver sur le plan institutionnel des solutions susceptibles de ménager la revendication de parité partielle entre l'Espagne et les quatre États les plus peuplés de l'Union. On retrouve ici le caractère fondamentalement inadapté de la réforme de la Commission esquissée à Amsterdam, réforme qui a remis en cause le signe le plus visible de l'appartenance de l'Espagne au club des Grands, son second commissaire !

• L'attitude de la République fédérale au cours des années à venir constitue la grande incertitude pour l'Union européenne. La prudence allemande à Amsterdam s'explique-t-elle par des raisons conjoncturelles (priorité aux décisions sur l'euro, proximité des élections générales, difficultés économiques et sociales, usure du chancelier) ou par des raisons structurelles (satiété allemande après la réunification et la reconquête de la souveraineté, inutilité grandissante du lien privilégié franco-allemand après l'effondrement de l'Union Soviétique, refus d'enfermer une position désormais dominante en Europe dans des limites procédurales trop contraignantes) ?

Il est sans doute prématuré de répondre à cette question, mais rappelons-nous toutefois que l'argumentation très solide développée dans un document célèbre par Karl Lamers en faveur d'un renforcement de l'arrimage allemand à l'Europe et du maintien d'un lien fort avec la France conserve aujourd'hui toute sa pertinence et toute sa force.

Il est à noter également que, dans les années à venir, la relation franco-allemande est susceptible d'être quelque peu rééquilibrée pour deux raisons : à partir du moment où les décisions finales sur l'euro seront prises, les partenaires de la RFA en général et la France en particulier cesseront d'être en position de demandeurs ; ce sera en revanche au tour des Allemands de le devenir à un double titre, celui de l'élargissement en direction de leurs voisins immédiats et celui du financement de cet élargissement. Il y a là pour le parti de la réforme une fenêtre d'opportunité qui se fermera peut-être d'elle-même dans quelques années, mais qui mérite d'être utilisée intelligemment d'ici-là.

c. *Apaiser les sceptiques.* Entendons par « sceptiques », les États, souvent issus de l'AELE (Association européenne de libre échange) dont la principale motivation pour l'adhésion a été négative (ne pas rester dehors) et dont l'objectif est

de prévenir le développement d'une Union européenne qui ne se contenterait pas d'organiser l'Europe-espace. L'attitude du Royaume-Uni est à cet égard décisive et il est réjouissant que le nouveau gouvernement britannique, si incertain qu'on puisse être sur ses intentions ultimes, ait apparemment décidé d'interrompre le procès en sorcellerie intenté par ses prédécesseurs contre l'Europe communautaire.

L'équilibre de la négociation avec les sceptiques devrait se situer à la charnière de deux séries de préoccupations : élargissement géographique contre approfondissement institutionnel d'un côté et, de l'autre, comme lors de la signature de l'Acte unique européen, approfondissement de l'Europe communautaire en échange d'un renvoi à des jours meilleurs du développement de l'Europe politique au sens français du terme. C'est ce que l'on pourrait appeler l'approche néerlandaise, qui, pour avoir lamentablement échoué en 1992 faute de préparation psychologique, n'en avait pas moins des vertus d'équilibre et de cohérence abusivement sous-estimées à l'époque et qui font singulièrement défaut depuis la signature du traité de Maastricht.

Pour que le levier diplomatique puisse être actionné en temps utile et avec la force voulue, il est à l'évidence indispensable que la France se mette en mesure de s'impliquer fortement dans le processus. Cela exige trois choses :

– une clarification et un affinement des propositions et du discours institutionnels français ;

– un engagement patient, tenace et résolu des deux têtes de l'aigle cohabitationniste sur la nécessité de faire aboutir ces réformes ;

– une mise en sourdine de l'exception idéologique française, la France ne pouvant être à la fois au cœur du processus de relance institutionnelle et cultiver sa différence par rapport à un discours économique et social à dominante libérale qui a un effet fédératif très fort sur les personnels politiques allemand, espagnol et britannique. On ne peut pas être à la fois au centre et à la périphérie.

La France est-elle prête à assumer cette triple exigence ? La question est pour le moins posée.

3. Le levier démocratique

Cinq ans après le référendum de ratification du traité de Maastricht, l'incapacité des diplomates à préparer les voies d'un accord entre les quinze sur les institutions européennes consacre l'exigence d'une association plus directe des citoyens au processus d'élaboration des lois fondamentales communes. Le pouvoir diplomatique tirait l'essentiel de sa légitimité de la compétence de ses agents et de l'efficacité de ses procédures. Dès lors que le succès n'est plus au rendez-vous, la revendication politique du pouvoir citoyen retrouve vigueur et audience. La nécessaire implication des opinions publiques européennes doit, compte tenu de la hiérarchisation des priorités évoquées plus haut, se situer sur deux plans distincts :

a. *L'implication des citoyens dans l'élaboration des institutions nouvelles.* Le débat sur les institutions qui vient de buter à Amsterdam sur la résistance des États et sur les limites de la diplomatie intergouvernementale ne peut plus à l'avenir se développer dans les mêmes conditions qu'hier, c'est-à-dire sous la forme d'une confrontation refusée entre, d'un côté, une opinion publique agitée

de questions irréelles et, de l'autre, les mécanismes ésotériques d'une Europe incompréhensible.

Le débat public européen a eu, jusqu'à présent, une propension singulière à s'enliser dans le marécage des oppositions en trompe l'œil, des anathèmes injustifiés et des tabous hérités d'un autre âge. Il semble tout entier sous-tendu par des alternatives illusoires entre, par exemple, le confédéralisme et le fédéralisme, le communautaire et l'intergouvernemental, la Commission pour la technique et le Conseil pour la politique, le Parlement européen usurpateur et les parlements nationaux légitimes, la majorité qualifiée et le compromis du Luxembourg… A l'abri de cette construction rhétorique un peu irréelle, s'est édifié, par apports successifs, un système institutionnel *sui generis* à la fois trop complexe et trop peu manichéen pour former la matière d'un débat public intelligible et authentique. Comment sortir de cette absurde opposition entre la construction des experts et la protestation des citoyens ? Comment rendre au débat sur les institutions européennes ce mélange de clarté et de réalisme qui caractérise ce qu'il y a de meilleur dans la politique et qui permettrait à l'opinion de peser fortement et positivement sur les délibérations en cours ? Comment la pression citoyenne peut-elle réveiller les professionnels de la diplomatie et les tirer hors de la fatalité stérile d'un huis clos sartrien, c'est-à-dire éternel ? Comment peut-on féconder le débat sans le caricaturer et le dénaturer ? En d'autres termes, comment peut-on substituer à la confrontation des fantasmes une vraie délibération sur les logiques fonctionnelles de l'Union, c'est-à-dire sur les institutions et les procédures qui permettraient à la machine de fonctionner dans des conditions satisfaisantes du point de vue de l'efficacité et de la démocratie ? La réponse à ces questions n'est pas facile. Elle suppose que la délibération publique sur la réforme soit soumise à trois conditions strictes :

• La mise en place en amont de la délibération d'un projet à la fois cohérent et ouvert, destiné à structurer la réflexion des acteurs autour des exigences fonctionnelles auxquelles le système doit répondre. Cela implique à l'évidence soit une initiative de la Commission soit une proposition articulée émanant d'une ou de plusieurs personnalités. Il faut en tout cas se méfier d'un débat-table rase – éminemment propice à stimuler ce que Gaston Bachelard nommait « l'infini de notre inattention ».

• Le choix de la durée et de l'investissement intellectuel. La prise de conscience et l'appropriation des contraintes ou, à tout le moins, des logiques de fonctionnement du système communautaire par les responsables politiques supposent un effort de concentration sur l'objet considéré qui exige à la fois spécialisation et durée. Il résulte que la démocratie directe est ici illusoire et qu'il faut à la fois que le débat soit porté au sein d'une ou de plusieurs instances parlementaires et organisé dans la durée. Sans doute une douzaine de mois de maturation parlementaire collective ne serait-elle pas de trop pour tenter d'enfermer un tel débat dans le cercle de la raison.

• La procédure doit être ouverte. Juridiquement, il n'est guère imaginable

dans l'état actuel du traité et de son article N de substituer une assemblée constituante à la conférence des États pour l'adoption d'un futur traité. Tout au plus pourrait-on imaginer que, sur la base d'une proposition de la Commission, s'organise sur un mode informel une procédure itérative, imitée de la codécision législative, permettant à l'assemblée des peuples et à la conférence des États de cheminer en convergence. Il conviendrait toutefois de ne pas limiter le tête-à-tête au Parlement européen et aux représentants des gouvernements. Autorités ratificatrices, les parlements nationaux doivent également être associés au processus, et, là encore, pour les besoins de l'exercice, de façon sérieuse, appliquée et continue. Le mieux serait sans doute de constituer une assemblée *ad hoc* composée de parlementaires nationaux et de parlementaires européens, qui se réunirait pendant une année ou plus et serait un foyer de délibération publique sur les questions institutionnelles relayé par toute l'Europe.

b. *L'engagement d'un débat de fond sur l'identité de l'Union européenne.* Les contradictions dans lesquelles se débat aujourd'hui l'Union, qu'il s'agisse du mode d'organisation de l'Europe politique ou de la question de l'adhésion turque ne pourront pas être résolues si ne s'engage pas un débat de fond destiné à éclairer la nature de l'Union européenne, c'est-à-dire tout à la fois à en préciser les responsabilités politiques par rapport à celles des États qui la composent, à en cerner les limites géopolitiques et à en penser les relations avec ce qui lui est extérieur, et d'abord avec les États-Unis. Jusqu'à présent, ce travail de réflexion fondamentale n'a pas été mené parce que la méthode Monnet a conduit les acteurs de la construction européenne à préférer, non sans raison, l'établissement des célèbres « solidarités de fait » à l'organisation de débats intellectuels à hauts risques, débats dont l'urgence n'apparaissait au demeurant guère évidente pendant toute la période de la guerre froide.

Il en va désormais tout autrement. L'engagement, bien au-delà des frontières politiques *stricto sensu*, d'un débat en profondeur sur les finalités de l'Union européenne, débat qui permettrait aux Européens de dépasser leurs éternelles ratiocinations politico-diplomatiques sur les instruments et les procédures, est devenu une impérieuse nécessité. Il appartient à la fois aux États, aux institutions communes – et en premier lieu à la Commission –, aux militants européens et, plus généralement, aux intellectuels d'Europe et d'ailleurs de conduire ce débat publiquement dans les années qui viennent. Le refuser serait signer l'arrêt de mort à terme rapproché de l'aventure politique européenne. Le moment est venu de briser la dichotomie entre, d'un côté, l'exaltation fantasmatique d'une Europe rêveuse et indéfinie et, de l'autre, la mise en place d'une horlogerie de précision aux ressorts byzantins et à la finalité indéterminée.

En conclusion, on se contentera de faire une observation de calendrier. Les années qui viennent constitueront sans doute pour les Européens la dernière occasion avant longtemps d'éviter que leur rêve ne se dissolve dans un ensemble sans forme, sans frontières et sans contenu. Tout donne à penser, et d'abord la reprise d'une certaine croissance, que

le cycle euro-dépressif qui a entouré la signature du traité de Maastricht et dominé les années 1990 est en passe de se retourner. Tout indique, et notamment la perspective de mise en place de l'euro, que l'attente d'Europe va croître au cours des années prochaines. Le calendrier politique et institutionnel détermine par ailleurs, entre les décisions stratégiques relatives à la mise en place de l'euro et les élections générales allemandes d'un côté et, de l'autre, la signature des premiers traités d'adhésion, une brève période pendant laquelle les Européens auront une chance, peut-être la dernière, de mettre leur propre pendule à l'heure. Cette chance, qu'ils sachent la saisir car, comme le dit un faux proverbe chinois, « l'occasion n'a pas de cheveux de derrière ».

ANNEXE : LA RÉFORME DE LA COMMISSION

Le groupe de travail et la Conférence intergouvernementale se sont presque exclusivement contentés de réfléchir à la composition de la Commission et ne sont d'ailleurs parvenus, sur ce point, à aucun résultat satisfaisant. Il convient à la fois d'élargir le champ de la réflexion à des domaines ignorés par la Conférence et de proposer un modèle cohérent de fonctionnement pour la Commission. La recherche doit s'orienter dans trois directions.

I. La Clarification des Responsabilités Respectives de la Commission et du Conseil

La première devrait se voir établir ou rétablir dans la plénitude de ses attributions fonctionnelles de proposition, d'exécution et de contrôle, le Conseil, autorité représentative de la diversité des États, détenant le monopole des décisions dans le domaine gouvernemental et partageant ce monopole avec le Parlement dans les domaines législatif et budgétaire. Il s'agit là d'une orientation fondamentale, absurdement contredite par l'institution d'un haut représentant pour la politique étrangère, visant à garantir l'unité et la cohérence d'un pouvoir gouvernemental inévitablement bicéphale, unité et cohérence qui supposent la répartition fonctionnelle des tâches entre le Conseil et la Commission, et doivent éviter un partage des compétences *ratione materiae* entre deux filières gouvernementales parallèles et concurrentes. Cette question n'a rien à voir avec celle d'un renforcement de la Commission par rapport au Conseil. Il s'agit ici de fonder des relations, quel que soit le niveau souhaitable d'équilibre Conseil-Commission, sur une répartition rationnelle des fonctions et non sur un partage artificiel des compétences.

A court terme, il doit s'agir pour la Commission, qui, à travers les négociations commerciales, les politiques de développement et l'aide humanitaire, gère à peu près tout ce qu'il y a de substantiel dans l'action internationale de l'Union, de réorganiser sa part de cette action autour d'un seul responsable (par

exemple un vice-président entouré de commissaires délégués) et de donner à son intervention une dimension beaucoup plus politique qu'aujourd'hui.

II. Le Renforcement de la Capacité d'Intervention Administrative de la Commission

L'élargissement de l'Union européenne, qui tend à devenir un ensemble très hétérogène de près de 500 millions d'habitants, va poser des problèmes croissants de relations entre le centre et la périphérie. Ces problèmes sont de deux ordres : la distance, qui interdit de prétendre régenter l'Union européenne, et en particulier la gestion des fonds communautaires, à partir de Bruxelles ; l'hétérogénéité, terme pudique pour désigner les faiblesses immenses de l'encadrement administratif dans une partie croissante du territoire de l'Union.

Il est clair que la mise en œuvre du principe de subsidiarité dans le domaine de la gestion constitue une réponse adéquate aux problèmes posés par la distance, mais ne permet en aucune façon de relever le défi de l'hétérogénéité. La seule réponse, aujourd'hui refusée par la quasi-totalité des gouvernements, passe non seulement par le renforcement et l'unification des moyens de contrôle donnés à la Commission, mais aussi par la mise en place dans les États membres de services administratifs communautaires déconcentrés chargés de gérer, au plus près des bénéficiaires, la répartition des crédits et d'en contrôler l'utilisation par les États membres.

III. La Réorganisation du Collège : Désignation, Composition, Structuration Interne

a. L'héritage

Le fonctionnement de la Commission a reposé jusqu'à présent sur la combinaison d'un *principe*, d'une *ambiguïté* et d'une *précaution*.

Le principe, c'est celui de la collégialité, qui suppose à la fois un nombre relativement restreint de commissaires et une parfaite égalité entre eux. L'ambiguïté touche aux relations qu'entretient chaque commissaire avec le gouvernement de son État d'origine : le traité fait en effet obligation d'indépendance aux commissaires, mais les modalités de leur désignation maintiennent un cordon ombilical évident entre chaque membre de la Commission et l'autorité gouvernementale dont il procède. La précaution vise, en accordant aux grands États deux commissaires, à corriger les distorsions résultant de l'égalité entre commissaires dès lors qu'elle se combine avec le maintien d'un lien représentatif informel mais fort entre chacun de ceux-ci et leur pays d'origine.

Dès que la Communauté a dépassé les dix membres, soit au milieu des années 1980, cet équilibre complexe a commencé de se dégrader. L'accroissement du nombre des commissaires a rendu de plus en plus difficile l'exercice réel de la collégialité, ce qui a contribué à « renationaliser » la fonction de commissaire, renationalisation d'autant plus vigoureuse que les nouveaux membres n'ont pas, tant s'en faut, les mêmes réflexes communautaires que les anciens et que l'humeur générale des années 1990 est à

ce que Hélène Carrère d'Encausse nomme « la vengeance des nations ». L'affaiblissement politique et le fractionnement administratif de la Commission constituent le terme logique de cette évolution fâcheuse.

b. Amsterdam

Le conseil d'Amsterdam faute d'avoir réfléchi en termes fonctionnels à la question s'est engagé confusément et sans vraiment conclure dans une voie sans issue : l'exaltation, à peine voilée, d'une logique de représentation matérialisée par le droit proclamé de chaque État à avoir « son » commissaire, et la remise en cause de l'équilibre par la suppression du second commissaire pour les grands États. Orientation contradictoire qui ne peut conduire à terme rapproché qu'à remettre en cause les prérogatives de la Commission, ainsi transformée en Coreper *bis* votant à la majorité simple et inévitablement contestée pour son manque de représentativité par les grands États, tels le Royaume-Uni, l'Allemagne fédérale ou la France, dont les commissaires ne pèseraient ensemble guère plus, au moins juridiquement, que ceux des trois pays Baltes !

Toutefois, il est juste d'ajouter que, dans ce domaine, l'irréparable n'a pas été commis à Amsterdam puisque, si l'article 1er du protocole relatif aux institutions dans la perspective de l'élargissement engage l'Union dans la mauvaise voie, son article 2 prévoit à terme rapproché un réexamen d'ensemble des institutions, tandis que le traité renforce à la fois les pouvoirs du président dans la désignation des autres membres du Collège et son autorité politique par l'investiture parlementaire dont il bénéficiera et que les conclusions du conseil européen d'Amsterdam prévoient des mesures de restructuration internes de la Commission.

c. Le choix

Les choix fondamentaux sont devant nous et doivent être faits dans un sens différent de ce qui a été envisagé à Amsterdam. La réforme suppose la prise en compte d'une double incompatibilité : incompatibilité entre la collégialité et un nombre élevé de commissaires, incompatibilité entre l'égalité absolue des États membres et le maintien d'un lien représentatif fort entre chaque commissaire et son État d'origine. Il faut donc choisir entre deux modèles :

• *Le modèle français* d'une Commission réduite à neuf ou dix membres, qui maintient tout à la fois l'égalité entre commissaires, chacun disposant du même droit de vote, l'égalité entre États membres, assurée par la rotation, et le caractère collégial, garanti par le petit nombre – mais qui suppose la rupture de tout lien représentatif entre chaque État membre et les commissaires (nombre de commissaires inférieur à celui des États membres, nomination et révocation éventuelle des commissaires par le président). Ce système, assurément le plus communautaire, présente toutefois les deux inconvénients majeurs suivants : il réduit à l'excès l'encadrement politique de la Commission et sa capacité de projection sur le terrain de ses membres ; il implique une rupture complète de continuité à l'intérieur de l'institution tous les cinq ans.

• *Le modèle traditionnel rénové* qui suppose trois choses :

– la présence d'un national de chaque État à la Commission au titre, plus ou moins inavoué, de la « représentation » et de deux commissaires pour les grands États au titre, un peu plus avoué, de l'« équilibre » ;

– le maintien de l'égalité formelle entre tous les commissaires, telle qu'elle est organisée par l'article 163 du traité (délibérations acquises à la majorité simple des membres) ;

– la reconstitution d'un pouvoir collégial de fait, constitué par le président et un petit groupe de commissaires ou de vice-présidents auprès desquels les autres membres seraient placés en qualité de commissaires délégués.

Il s'agirait en somme d'inventer une cote bien taillée entre une logique gouvernementale qui autorise le nombre – mais suppose la hiérarchie entre les membres du groupe – et une logique collégiale qui suppose le petit nombre et exige l'égalité. Pour qu'un tel système fonctionne harmonieusement, il est toutefois essentiel que le groupe restreint de commissaires soit constitué par le président et non élu par la base : ils doivent être *top down* et non *bottom up*.

ÉLISABETH ZOLLER

ÉTATS-UNIS : LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE JUGER DE LA COUR SUPRÊME

1. De toutes les caractéristiques de la Cour suprême des États-Unis, son pouvoir discrétionnaire de juger des affaires qui lui sont soumises est sans doute la particularité qui étonne le plus les juristes français. Les juges français, même lorsqu'il s'agit des juges suprêmes, n'ont pas ce privilège tant par l'effet de l'article 4 du Code civil, qui interdit au juge de refuser de juger, que par le jeu des dispositions de l'article 5 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » Aux États-Unis, en revanche, les juges suprêmes (et eux seuls) ont plus de latitude. Chaque année, la Cour suprême reçoit environ 6 000 affaires, mais elle n'en juge guère plus d'une centaine, les autres restant gouvernées par la solution juridique définie par les juridictions inférieures, fédérales ou d'État. Il faut savoir qu'un même pouvoir discrétionnaire est reconnu aussi, selon les États, à leurs cours suprêmes respectives (leurs pouvoirs étant souvent calqués sur celui de la Cour suprême fédérale).

Sur les quelques 6 000 affaires qui sont chaque année soumises à la Cour suprême, plus des deux tiers sont reçues *in forma pauperis*, c'est-à-dire par des requérants qui, eu égard à leur ressources limitées, sont dispensés des frais de justice et qui, dans l'immense majorité des cas, font appel de condamnations pénales, dont, pour certains, de condamnations à la peine capitale. La requête *in forma pauperis* est soumise à des conditions de forme simplifiées par rapport aux requêtes régulières. Dans tous les cas, lorsque la vie du requérant est en jeu, le règlement de la Cour prévoit expressément que les moyens présentés à l'appui de la requête en *certiorari* doivent être précédés de la mention *capital case*[1]. Quant aux quelque 2 000 affaires restantes, elles doivent être présentées à la Cour dans des formes standardisées minutieusement expliquées par le règlement[2], et elles sont soumises aux frais de

1. Rule 14. 1(a), *Supreme Court Rules, The 1995 Revisions*, BNA, Washington DC, 1995, p. 31.

2. Le règlement (Rule 14) précise à titre de conditions obligatoires le format de la requête, ses articulations majeures (c'est-à-dire le « plan ») ainsi que les conditions de présentation des

justice, lesquels s'élèvent pour une requête régulière en *certiorari* à 300 dollars. Il faut relever que si à peine 0,4 % des requêtes *in forma pauperis* sont inscrites au rôle et effectivement jugées par la Cour, ce chiffre s'élève à environ 4 % pour les requêtes régulières. Parmi les requêtes régulières qui sont effectivement jugées par la Cour, celles qui sont formées par l'agent judiciaire fédéral (*Solicitor General*) au nom du gouvernement des États-Unis l'emportent de très loin sur les autres puisqu'en moyenne elles représentent 70 % des requêtes jugées, ce qui signifie en pratique que seulement 3 % des requêtes formées par les simples particuliers sont jugées par la Cour. Le taux de réussite particulièrement élevé des requêtes formées par l'agent judiciaire fédéral s'explique pour deux raisons essentielles. D'une part, les affaires qu'il soumet sont en général d'importance nationale. D'autre part, ses services appliquent rigoureusement les critères de sélection des requêtes en *certiorari* tels qu'ils ont été définis par la Cour. Aucun avocat ne serait en mesure de convaincre son client d'agir de même. Il faut préciser que l'agent judiciaire fédéral n'est nullement l'avocat du président ou du ministre de la Justice. Il n'est d'ailleurs pas d'usage que le président ou le ministre de la Justice (*Attorney General*) interfère dans ses décisions de faire ou de ne pas faire appel. Son indépendance en fait un personnage un peu semblable au commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État et lui vaut le surnom de dixième membre de la Cour (*Tenth Justice*)[3].

En réalité, le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême n'est pas général. Il ne concerne pas certaines des affaires que la Constitution (article 3, Sec. 2 [2]) a dévolues à la Cour en premier ressort (*original jurisdiction*) et que le Congrès a complétées en juridiction de premier et de dernier ressort en en attribuant le règlement exclusivement à la Cour (*exclusive jurisdiction*)[4]. Il s'agit essentiellement de tous les différends entre deux ou plusieurs États (28 USC, § 1251 [a]). Quant aux affaires concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, elles aussi visées par la Constitution (*ibid.*), il est exceptionnel que la Cour les entende en premier ressort dans la mesure où elles peuvent aussi être portées devant les cours de district. Relevons simplement que les affaires entre deux ou plusieurs États ne concernent qu'une part infime de celles qui viennent devant la Cour

---

moyens, la taille et la couleur du papier utilisé (qui peut varier selon le type de documents), le nombre de copies requises (quarante pour une requête régulière, dix pour une requête *in forma pauperis*), y compris la typographie et le nombre de pages autorisées (Rule 33) qui sont de quarante pages double interlignage pour une requête en *certiorari* et de dix pages (même format) pour le mémoire en défense (*ibid.*, p. 31-33 et 53-55).

3. R.L. Stern, E. Gressman, S.M. Shapiro et K.S. Geller, *Supreme Court Practice*, 7e éd., BNA, 1993, p. 164.

4. Le président Marshall interprétait les termes *original jurisdiction* comme emportant compétence en premier et dernier ressort. Toutes les lois du Congrès de 1789 à nos jours ont retenu une interprétation différente en distinguant entre la compétence exclusive et la compétence concurrente de la Cour avec les cours fédérales pour toutes les matières qui ressortent de ce chef de juridiction ; voir C.A. Wright, *Law of Federal Courts*, 5e éd., West, 1994, § 109, notamment p. 807.

suprême, qu'elles concernent souvent des relations de voisinage ou des problèmes frontaliers et qu'il est rare qu'elles soient à l'origine d'interprétations constitutionnelles importantes. Il en va différemment de la compétence d'appel de la Cour, qui est le fondement juridique de la presque totalité des requêtes dont elle est saisie.

2. Le pouvoir discrétionnaire de juger ne concerne que les affaires qui viennent devant la Cour par voie d'appel (*appellate jurisdiction*). L'appel peut être formé soit contre une décision rendue par une cour fédérale, soit contre une décision rendue par une cour d'État. Ce pouvoir discrétionnaire de juger n'est pas inscrit dans la Constitution. Il a été donné à la Cour par le Congrès sur le fondement juridique d'une attribution constitutionnelle de compétence qui rend le Congrès maître de toute la compétence d'appel de la Cour. En effet, la Constitution prévoit (article 3, Sec. 2 [2]) que, pour toutes les autres affaires que celles concernant les ambassadeurs, ministres publics et consuls, ainsi que celles dans lesquelles un État est partie, la Cour suprême aura juridiction d'appel, tant pour les questions de droit que pour les questions de fait (*both as to Law and Fact*), avec telles exceptions et sous telles règles que le Congrès fera. Le Congrès a exercé ce pouvoir sitôt la Constitution entrée en vigueur en adoptant le *Judiciary Act* de 1789. Cette loi, qui a été amendée plusieurs fois depuis son adoption, reste la pierre fondatrice du pouvoir judiciaire fédéral.

Le *Judiciary Act* de 1789 a eu deux objets essentiels. D'abord, sur le plan institutionnel et organique, ce texte a organisé le pouvoir judiciaire fédéral en créant les cours fédérales inférieures à la Cour suprême. Sans qu'il soit besoin de reprendre l'histoire des juridictions fédérales, on notera simplement qu'il existe aujourd'hui 13 cours fédérales d'appel et 91 cours de district. Ensuite, sur un plan matériel, cette loi a défini l'étendue du pouvoir judiciaire fédéral. En particulier, la célèbre section 25 de ce texte a eu un effet unificateur considérable puisqu'elle a donné à la Cour suprême compétence d'appel de toutes les décisions rendues par les cours d'État sur des questions de droit fédéral. Quant aux affaires que la Constitution attribue à la compétence judiciaire fédérale, le texte a organisé les conditions d'appel devant la Cour suprême des décisions rendues par les cours fédérales.

Devant combiner à la fois les nécessités d'un principe de double juridiction et les impératifs tirés de la structure fédérale de l'Union, la juridiction d'appel de la Cour suprême est relativement complexe. A l'origine, cette juridiction d'appel ressortait d'une compétence liée pour la Cour. Celle-ci avait l'obligation de juger toutes les affaires qui lui étaient soumises (*mandatory appeal*) et ces affaires se multiplièrent à la faveur d'une extension continue de la compétence judiciaire fédérale. Jusqu'à la guerre de Sécession, c'est plutôt la Cour qui, par l'effet d'une interprétation élargie des attributions constitutionnelles de compétence, contribua à l'extension de la compétence judiciaire fédérale. L'affaire « Osborn v. Bank of the United States » (1824)[5], dans laquelle la Cour donna

5. 9 Wheat (22 US) 738 (1824).

une interprétation particulièrement étendue du pouvoir du Congrès de donner compétence aux cours fédérales sur des questions de droit fédéral, en marque le point culminant. Après la guerre de Sécession, notamment avec la mise en place de la Reconstruction, c'est à l'inverse le Congrès qui contribua à l'extension du pouvoir judiciaire fédéral, d'une part avec l'adoption de l'*Habeas Corpus Act* de 1867 qui donna compétence aux cours fédérales pour délivrer le précieux *writ*, qui a pour effet de libérer la personne injustement détenue dans les prisons d'État en violation de la Constitution fédérale, d'autre part et surtout avec le vote du *Judiciary Act* de 1875 qui établit la compétence des cours fédérales sur toute question de droit fédéral (*federal question jurisdiction*). Enfin, les affaires portées devant la Cour se multiplièrent aussi du chef de la jurisprudence de la Cour elle-même qui, avec la théorie du *substantive due process*, autorisa tous les espoirs en la personne des plaideurs, notamment s'agissant de l'annulation des lois d'État[6]. Toutes ces raisons se combinèrent pour augmenter le rôle de la Cour dans des proportions très substantielles, en sorte que l'idée d'arrêter le flot des requêtes en appel se fit jour.

3. En 1891, la loi Evarts – du nom du sénateur, membre de la commission judiciaire du Sénat, qui la proposa – donna pour la première fois à la Cour suprême le pouvoir discrétionnaire de juger certaines affaires par le biais du *writ of certiorari*, c'est-à-dire lui donna le pouvoir discrétionnaire de prendre ou de refuser cette « ordonnance d'envoi de l'affaire pour examen » qui oblige la cour inférieure (fédérale ou d'État) à lui envoyer l'intégralité du dossier pour qu'elle puisse rejuger l'affaire aux fins de « rendre le droit plus certain[7] ».

A partir de la loi Evarts, il a fallu distinguer en pratique entre l'« appel obligatoire » (*mandatory appeal*) qui est formé par voie d'appel (*appeal*) et l'« appel discrétionnaire » (*discretionary appeal*) qui est accordé par voie de requête pour réexamen (*certiorari*). La loi Evarts eut des effets drastiques sur les affaires inscrites au rôle puisque celles-ci passèrent de 623 en 1890 à 275 en 1892. Mais ce ne fut qu'un répit. Très vite, le flot ininterrompu des affaires continua de croître. Suite aux recommandations d'un comité de juges de la Cour suprême, le Congrès décida d'élargir considérablement le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour avec l'adoption, le 13 février 1925, du *Judiciary Act*, dénommé à raison de l'importance que tinrent les juges de la Cour dans son adoption le *Judges Bill*. La Cour suprême utilisa largement les facilités qui lui furent données et elle étendit sa compétence discrétionnaire de juger à de très nombreux groupes d'affaires[8]. En 1948 intervint une importante refonte des juridictions fédérales

6. En France, la critique du *substantive due process* a été faite par Édouard Lambert dans son célèbre pamphlet, *Le Gouvernement des juges et la Lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Marcel Giard, 1921.

7. Selon les racines etymologiques données par le *Webster's Dictionnary* pour *certiorari* (« *ME. < LL., to be made more certain : a word in the writ* »).

8. Voir F. Frankfurter et J. Landis, *The Business of the Supreme Court*, New York, Macmillan, 1928, p. 102.

ainsi qu'une codification législative des lois sur le pouvoir judiciaire.

A la fin des années 1970, la distinction *appeal-certiorari* commença à faire l'objet d'une critique nourrie, les adversaires de l'appel obligatoire faisant valoir que, eu égard au rôle surchargé de la Cour, il était indispensable de lui donner une totale discrétion pour choisir les affaires qu'elle rejugerait au fond. Leurs critiques furent entendues et aujourd'hui, depuis une importante réforme introduite par une loi du 27 juin 1988, la juridiction d'appel de la Cour est pratiquement totalement discrétionnaire[9]. La Cour suprême a toujours une totale liberté pour refuser de juger les affaires qui lui sont soumises en appel. Elle n'a pas besoin de motiver son refus de délivrer le *writ of certiorari*, ce qui n'empêche pas parfois les juges dissidents de faire part de leur désaccord avec le refus opposé au requérant[10].

La constitutionnalité du *writ of certiorari* n'a jamais été, à notre connaissance, discutée en tant que telle, notamment au regard des principes constitutionnels de procédure. Ni son caractère discrétionnaire ni son absence de motivation n'ont été attaqués directement ou indirectement comme posant un problème de constitutionnalité. Il faut dire que le problème ne se pose pas du tout dans les mêmes termes que si le refus de délivrer le *writ of certiorari* pouvait se présenter comme une exception au principe du double degré de juridiction. La très grande majorité des affaires qui viennent devant la Cour suprême par la voie de la requête en *certiorari* ont déjà été jugées deux fois. D'un autre côté, il serait erroné de considérer la requête en *certiorari* comme une sorte de recours en cassation puisque la lettre de la Constitution institue la Cour suprême juge du fait et du droit et que, de toute façon, la distinction du fait et du droit, sans être inconnue aux États-Unis, n'y joue pas du tout le même rôle qu'en France. On serait tenté d'y voir un recours *sui generis* qui puise sa raison d'être dans les structures composées de l'Union et qui se justifie par la nécessité, dans un système juridique aussi complexe, de toujours garantir la suprématie du droit fédéral sur le droit des États et d'assurer l'uniformité du droit. Les cas dans lesquels ce recours peut être formé sont définis par le Congrès et ses conditions d'application concrète sont précisées par la Cour elle-même dans son règlement.

4. Telle qu'elle est définie par le Congrès, la juridiction d'appel de la Cour suprême s'étend à deux types de jugements : les jugements rendus par les cours fédérales et ceux rendus par les cours d'État. Il importe de bien les distinguer car le refus de juger n'a pas la même portée dans un cas et dans l'autre.

S'agissant de la juridiction d'appel de la Cour sur les décisions rendues par les cours fédérales, la loi de 1988 (codifiée 28 USC § 1254 [1]) prévoit que la Cour « peut » (*may*) juger les affaires portées devant les cours fédérales d'appel par

9. B. Boskey et E. Gressman, *The Supreme Court Bids Farewell to Mandatory Appeals*, 121 FRD (Federal Rule Decisions) 81 (1988).

10. Voir R.D. Rotunda et J.E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law*, 2e éd., West Publ., § 2.5, p. 96-97.

voie d'ordonnance de *certiorari* accordée sur requête de toute partie à un procès civil ou pénal, formée avant ou après le jugement ou l'ordonnance d'appel. On notera qu'à l'inverse de sa compétence d'appel sur les décisions des cours d'État, qui est, comme on le verra, limitée et circonscrite à la compétence du pouvoir judiciaire fédéral, la compétence d'appel de la Cour sur les décisions des cours fédérales est plénière. Elle s'étend à toute affaire civile ou criminelle qui est portée devant une cour d'appel fédérale (« Forsyth v. Hammond » [1897])[11]. Il n'y a aucune restriction en ce qui concerne les parties, l'état de l'affaire, la nature ou le montant du litige. En principe, toutes les affaires qui sont jugées par les cours fédérales d'appel ne peuvent être revues par la Cour suprême que par le *writ of certiorari* (donc par un recours purement discrétionnaire), à l'exception de celles qui sont envoyées à la Cour par la juridiction fédérale inférieure elle-même grâce au recours en interprétation (*jurisdiction by certification from courts of appeals*). La Cour suprême a en effet compétence pour se prononcer sur des affaires qui sont soumises à des cours fédérales d'appel lorsque celles-ci utilisent la possibilité qui leur est donnée de poser à la Cour une question de droit en matière civile ou pénale aux fins d'obtenir des instructions sur le droit applicable (28 USC § 1254 [2]). Cette possibilité est rarement utilisée par les cours d'appel[12]. Notons enfin qu'il existait autrefois des possibilités d'appel assez étendues des jugements rendus par les cours de district, mais qu'elles sont aujourd'hui limitées à quelques cas particuliers (en matière de droits civils et politiques lorsque la cour de district siège en juridiction collégiale de trois membres, ainsi qu'en matière d'antitrust, mais seulement à la requête du juge de la cour inférieure). En principe, l'appel des jugements rendus par les cours de district est plus couramment porté devant les cours fédérales d'appel.

S'agissant de la juridiction d'appel de la Cour suprême sur les décisions rendues par les cours d'État, dans le dernier état qui lui a été donné par la loi du 27 juin 1988 (codifiée 28 USC § 1257), cette compétence se lit comme suit : « Les jugements et ordonnances rendus en dernier ressort par la cour suprême d'un État fédéré peuvent (*may*) être révisés par la Cour suprême par la voie d'une ordonnance de *certiorari* lorsque la validité d'un traité ou d'une loi fédérale est en cause, ou lorsque la validité d'une loi d'un État fédéré est contestée comme étant contraire à la Constitution, aux traités ou aux lois de l'État fédéral, ou lorsqu'un droit en titre, un privilège ou une immunité sont spécialement reconnus ou allégués comme découlant de la Constitution, ou des traités, ou des lois, ou d'un quelconque mandat de l'État fédéral. » Avant la révision de 1988, la Cour suprême avait l'obligation de juger

11. 166 US 506, 511-513.

12. Certains considèrent que ce recours en interprétation représente un chef de compétence de la Cour suprême « inopportun et virtuellement obsolète » dans la mesure où il conduit à soumettre à la Cour « des questions de droit abstraites, complètement déconnectées des réalités de fait à l'intérieur desquelles elles pourraient être envisagées avec beaucoup plus de soin ». On en a proposé la suppression, mais le Congrès n'a pas suivi ces suggestions. Voir R.L. Stern, E. Gressman, S.M. Shapiro et K.S. Geller, *op. cit.*, p. 47.

lorsqu'elle était saisie par voie d'appel dans deux situations : soit lorsque la plus haute cour d'un État fédéré avait déclaré qu'une loi fédérale ou un traité violait la Constitution des États-Unis, soit lorsque la même cour avait jugé que la loi de son État ne violait pas la Constitution des États-Unis. C'est surtout ce second chef de compétence obligatoire qui était à l'origine de l'encombrement du rôle de la Cour suprême dans des conditions qu'il n'est pas inutile de rappeler.

5. Avant 1988, privée du droit de refuser de juger dans le cadre de sa juridiction d'appel obligatoire (*mandatory appeal*), la Cour était souvent amenée à se prononcer sur des requêtes immatérielles et frivoles qui, si elles étaient venues à elle par la voie du *certiorari*, n'auraient même pas été considérées. Par exemple, dans une affaire « Rockford Life Ins. Co. v. Illinois Department of Revenue » (1987), la Cour constate : « La question qui nous est présentée n'est pas de celle qui, à l'ordinaire, retiendrait notre attention si elle venait à nous être présentée par la voie d'une requête en *certiorari*. Il s'agit d'une question qui n'a divisé ni les cours fédérales d'appel ni les cours d'État. A la vérité, à la seule exception des cours de l'Illinois, aucune autre cour d'État ne s'est jamais posé la question de savoir si G. M. était exempt des impôts locaux. Il n'apparaît pas non plus que la présente affaire soulève une importante question de droit fédéral qui n'ait jamais été, mais qui devrait être résolue par cette Cour […]. La vérité est que la loi fiscale de l'Illinois en cause dans la présente affaire a été abrogée en 1979. Nonobstant ces éléments, la présente affaire se pose à nous dans le cadre de notre juridiction d'appel obligatoire […] et le Congrès ne nous a pas autorisés à prendre ces facteurs en considération pour nous prononcer sur l'opportunité de juger cette affaire au fond[13]. » D'un autre côté, le nombre des affaires soumises à la Cour l'obligeait à recourir à des procédures abrégées en ce sens qu'elle réglait beaucoup d'affaires par la voie de la procédure sommaire, c'est-à-dire sans opinion écrite, avec pour conséquence que, faute de motivation des jugements rendus, les juridictions inférieures étaient privées des directives indispensables pour assurer une interprétation uniforme du droit. Ces éléments présentés et défendus par les juges eux-mêmes devant les commissions du Congrès ont été à l'origine de la décision de celui-ci d'en finir pratiquement avec la juridiction d'appel obligatoire de la Cour. Le résultat de la réforme de 1988 est que dorénavant la partie perdante devant les cours d'État ne peut plus porter son affaire devant la Cour suprême, si ce n'est que par le biais de la requête aux fins d'obtenir un *writ of certiorari*.

Depuis la réforme de 1988, la juridiction d'appel de la Cour suprême sur les décisions rendues par les cours d'État couvre trois catégories d'affaires :

– les affaires qui mettent en jeu l'interprétation ou l'application de la constitution fédérale, des lois et des traités des États-Unis ; ce sont par exemple les affaires qui concernent la clause de commerce, la clause de pleine foi et crédit, le 14e amendement à la Constitution fédé-

13. 482 US 182, 184 n. 3 (1987).

rale et les grandes lois fédérales, comme celles sur la responsabilité des agents fédéraux, sur les conditions de travail, sur le commerce interétatique, etc. ;

– les affaires qui, sans préjudice de la constitutionnalité des lois de l'État fédéré, mettent en cause l'exercice par celui-ci de ses pouvoirs en violation des droits civils garantis par le droit fédéral ; c'est le cas, par exemple, des décisions de justice qui sont rendues en méconnaissance des droits fédéraux ;

– les affaires qui sont relatives à l'exercice par les agents fédéraux des pouvoirs qu'ils détiennent à titre de droits, privilèges ou immunités sous l'empire du droit fédéral ; c'est le cas des jugements rendus par les juges fédéraux ou des pouvoirs exercés par les agents fédéraux.

6. Depuis qu'elle a reçu compétence discrétionnaire pour exercer sa juridiction d'appel, la Cour a toujours pris soin de définir dans son règlement les conditions auxquelles elle exercerait sa compétence. Le règlement a été modifié plusieurs fois, la dernière révision datant de 1995. Le principe est qu'une affaire ne sera pas rejugée s'il n'y a pas au moins quatre juges (sur les neuf que compte la Cour) pour estimer opportun de le faire. C'est ce que l'on appelle la « règle des quatre » (*Rule of Four*)[14], dont les origines sont anciennes et qui étaient déjà appliquées lorsque le Congrès étendit le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour en 1925. Cela dit, la vraie question est de savoir les facteurs qui les déterminent, eux-mêmes ou, le plus souvent, leurs assistants judiciaires (*clerks*), qui sont les premiers à prendre connaissance des requêtes et qui rapportent à leur juge respectif les enjeux de l'affaire. Comme le relèvent de fins connaisseurs de la procédure complexe de la Cour[15], l'énigme éternelle et centrale de toute la procédure de la Cour est de déterminer ces facteurs qui, dans une affaire donnée, peuvent conduire la Cour à satisfaire la requête en *certiorari* qui lui est soumise. La doctrine la plus autorisée considère que les mystères sont loin d'être tous levés[16]. Dans le dernier état de la rédaction de la règle nº 10 du règlement qui définit les conditions auxquelles la Cour accorde ou refuse le *writ of certiorari*, la Cour instruit et avertit les plaideurs en ces termes :

> « Un contrôle de constitutionnalité fondé sur un *writ of certiorari* n'est pas un droit, mais une grâce discrétionnaire de la Cour. Une requête en *certiorari* n'est accordée que pour des raisons impérieuses. Les critères suivants, tout en ayant un caractère purement illustratif et simplement énonciatif, peuvent être tenus pour une indication des motifs que la Cour prend en considération pour se prononcer :
> (a) une cour d'appel fédérale a rendu une décision qui est en conflit avec une décision d'une autre cour d'appel

14. Sur cette règle et ses modalités d'application, un auteur s'est livré à une étude empirique approfondie des votes en la matière : H.W. Perry, Jr., *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, 1991.

15. B. Boskey et E. Gressman, *The Supreme Court's New Rules – Model 1995*, 164 FRD (Federal Rule Decisions) 80 (1995).

16. R.L. Stern, E. Gressman, S.M. Shapiro et K.S. Geller, *op. cit.*, chap. 4, p. 162 *sq*.

fédérale sur le même sujet ; a décidé d'une importante question de droit fédéral d'une manière qui contredit une décision adoptée par une cour d'État en dernier ressort ; ou a elle-même violé (ou approuvé la violation par une cour d'État) des règles acceptées et usuelles de la conduite du procès judiciaire dans des proportions de nature à requérir de la Cour l'exercice de son pouvoir de contrôle ;
(b) une cour d'État de dernier ressort s'est prononcée sur une importante question de droit fédéral d'une manière qui contredit la décision d'une autre cour d'État de dernier ressort ou d'une cour d'appel fédérale ;
(c) une cour d'État ou une cour d'appel fédérale s'est prononcée sur une importante question de droit fédéral qui n'a jamais été, mais qui devrait être, tranchée par cette cour, ou s'est prononcée sur une importante question de droit fédéral d'une manière qui contredit les décisions applicables de cette cour.
Une requête aux fins d'obtenir un *writ of certiorari* est rarement acceptée lorsque l'erreur alléguée consiste dans une erreur de fait ou dans la fausse application d'une règle de droit clairement établie[17]. »

Cette rédaction de 1995, qui a remplacée celle de 1990, est plus restrictive. Centrale parmi les raisons qui peuvent justifier l'octroi ou le refus d'un *certiorari* reste à l'évidence la contrariété de jugements. Le conflit entre décisions juridictionnelles est la raison de base. Il peut s'agir de contrariété de jugements entre différentes cours fédérales d'appel (les conflits entre cours de circuits[18] sont les cas les plus fréquents), ou de conflits entre une cour d'appel et la Cour suprême, ou encore de divergences entre différentes décisions d'une même cour d'appel, ou enfin de conflits entre cours d'État. En tout état de cause, aussi décisive soit-elle, cette condition n'est jamais suffisante. Capitale à cet égard est la phrase d'ouverture dont on peut dire qu'elle relève d'un truisme dans la mesure où le pouvoir purement discrétionnaire de la Cour est depuis longtemps établi. Il n'en reste pas moins que cette phrase est nouvelle, signe que c'est bien la discrétionnarité de ce pouvoir de juger qui est l'élément décisif et le critère distinctif du *writ of certiorari*. En deuxième lieu, à la place des « raisons spéciales et importantes » qui justifiaient la délivrance du *writ* dans la version de 1990, celle de 1995 exige des « raisons impérieuses ». Très significatif est aussi le changement des adjectifs qui qualifient la question de droit fédéral dont la Cour estime devoir se saisir. Dans les trois alinéas du texte, cette question a été précédée de l'adjectif « importante ». On peut évidemment se demander ce que pourrait bien être une question de droit fédéral « anodine » ; mais ce n'est pas ainsi qu'il faut poser le problème. C'est en prenant des exemples de questions dont la Cour se saisit qu'on arrive à comprendre ce qu'est une importante question de droit fédéral et la vérité est qu'il n'y a pas de règle absolue dans ce domaine. Il n'y a que des indices qui peuvent tenir, par exemple, à la nature du

17. Voir *Supreme Court Rules, The 1995 Revisions*, *op. cit.*, p. 27.
18. Depuis 1982, la carte judiciaire des États-Unis comprend 13 circuits judiciaires, numérotés de 1 à 11, plus un circuit pour le district de Columbia et un circuit fédéral.

litige, à la manière dont la cour inférieure s'est prononcée, à l'état du droit sur la question, à la nature et au nombre des personnes susceptibles d'être concernées par le jugement. Un de ces multiples indices est aussi la publicité donnée à l'affaire dans les médias. L'affaire de la protection des mineurs contre le discours obscène sur Internet en est un exemple. C'est moins la difficulté constitutionnelle en tant que telle que la publicité donnée par les médias à la loi du Congrès qui soumettait à des sanctions pénales le discours indécent sur Internet qui a fait qu'il était pratiquement certain que la Cour se prononcerait sur le problème (« Reno v. American Civil Liberties Union » [1997])[19]. Car, sur le plan juridique, au regard de la jurisprudence de la Cour sur le 1er amendement, l'immense majorité des juristes américains ne s'attendaient pas à une décision différente de celle qui fut rendue. L'inconstitutionnalité de la loi du Congrès était pour ainsi dire acquise. Mieux encore, parmi les décisions de la session judiciaire 1996[20] de la Cour, cette décision – largement commentée en France – n'est pas, et de loin, la plus importante décision rendue par la Cour.

7. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour suprême de refuser de juger une affaire qui lui est soumise ne doit pas être considéré comme emportant décision au fond[21]. Ce point a été clairement expliqué par le juge Frankfurter dans une affaire « Maryland v. Baltimore Radio Show » (1950)[22] en ces termes : « Le rejet d'une requête en *certiorari* signifie simplement qu'il s'est trouvé moins de quatre juges pour estimer que la révision de l'affaire serait souhaitable du point de vue d'une saine interprétation du pouvoir discrétionnaire de la Cour. » Il n'y a pas de limites aux raisons qui peuvent justifier le rejet d'une requête en *certiorari* en ce sens que la même requête peut conduire différents juges pour différentes raisons au même résultat. C'est surtout vrai des requêtes qui sont formées contre les décisions rendues par les cours d'État. Les considérations de politique jurisprudentielle sont très importantes. Par exemple, sur une importante question de droit fédéral, la Cour suprême peut vouloir attendre le prononcé de plusieurs juridictions inférieures. La structure fédérale de l'Union oblige la Cour à se mettre pour ainsi dire à l'écoute des cours d'État. Il faut un certain temps et un certain nombre de jugements inférieurs pour qu'une affaire vienne à maturité. Selon le langage imagé des juristes américains, la question juridique doit être « mûre » (*ripe*) et ce critère est moins un critère procédural qui exigerait, disons, l'épuisement des voies de recours qu'une considération de pure politique jurisprudentielle.

8. Condition capitale du pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême, la structure fédérale de l'Union

19. 117 S. Ct. 2329.

20. Aux termes de la règle nº 3 du règlement, la Cour tient une session annuelle continue (*term*) qui commence le premier lundi d'octobre pour se terminer la veille du premier lundi d'octobre de l'année suivante.

21. Sur ce point, voir G. Gunther and K.M. Sullivan, *Constitutional Law*, 13e éd., Westbury, NY, The Foundation Press Inc., 1997, p. 68.

22. 338 US 912 (1950).

et la nécessité de respecter la souveraineté des États expliquent que, depuis les origines, la Cour a toujours jugé qu'il ne lui appartenait pas de réviser les décisions rendues par les cours d'État qui reposent sur des bases juridiques étatiques adéquates et indépendantes (*adequate and independent state grounds*), c'est-à-dire les décisions qui sont formellement fondées sur le droit de l'État fédéré et matériellement compatibles avec le droit fédéral. Autrement dit, la Cour suprême ne procédera jamais à une substitution de motifs si les motifs retenus par les juridictions d'État sont adéquats en eux-mêmes, notamment par rapport aux prescriptions du droit fédéral. La raison de cette doctrine est à rechercher dans la répartition des compétences judiciaires entre l'État fédéral et les États fédérés. La Cour suprême n'a évidemment qu'une compétence d'attribution et elle ne dispose du pouvoir de révision des décisions rendues par les juridictions d'État que dans la mesure où ces décisions sont en conflit avec le droit fédéral. Le juge Jackson a exprimé ce principe en ces termes : « Notre pouvoir consiste à corriger la chose mal jugée, non à réviser la motivation. Il ne nous est pas permis de rendre des avis consultatifs, et si le même jugement devait être rendu par une cour d'État après que nous eussions corrigé ses vues sur le droit fédéral, notre pouvoir de révision ne serait rien d'autre qu'un pouvoir de rendre des avis consultatifs » (« Herb v. Pitcairn » [1945])[23].

La doctrine des « bases juridiques étatiques adéquates et indépendantes » joue un rôle important parmi les critères qui conduisent la Cour à accorder ou à refuser le *writ of certiorari*. Dans la foulée de la récente politique jurisprudentielle de la Cour suprême tendant à limiter la portée des droits civils fédéraux, surtout en matière criminelle, les cours d'État ont pris l'habitude, lorsqu'elles invalident des lois d'État, de rendre des opinions qui sont fondées à la fois sur la Constitution fédérale et sur la constitution de l'État. Par exemple, le jugement rendu par la cour d'État tout en s'appuyant principalement sur une discussion approfondie (mais erronée au regard de la jurisprudence de la Cour suprême) des garanties de la Constitution fédérale, contiendra néanmoins une brève affirmation indiquant que la loi en question est contraire aussi à la constitution de l'État. Certains juges de la Cour suprême se sont inquiétés de cette politique jurisprudentielle des cours d'État dont le résultat le plus clair est de permettre la multiplication d'interprétations erronées, et en principe non révisables, de la Constitution fédérale. Très souvent, les interprétations non révisables du droit constitutionnel fédéral par certaines cours d'État ont eu une influence considérable sur les autres cours d'État.

Pour limiter les conséquences de cette nouvelle tendance des cours d'État, la Cour suprême a rendu en 1983 une importante décision « Michigan v. Long »[24] qui, sans modifier le principe selon lequel la Cour suprême n'a pas compétence pour réviser les décisions de cours d'État fondées sur des bases juridiques indépendantes et adéquates, apporte cependant à la doctrine traditionnelle d'importantes précisions supplémentaires. Il s'agissait d'une affaire

23. 324 US 117 (1945).
24. 463 US 1032 (1983).

dans laquelle la cour du Michigan avait invalidé une perquisition policière comme contraire « au 4e amendement de la Constitution des États-Unis, *et** à l'article 1 § 11 de la constitution du Michigan ». Nonobstant la conjonction de coordination, la Cour par la voix du juge O'Connor s'affirma compétente et renversa la décision sur le fond au motif que : « Si la décision de la cour d'État indique clairement et expressément qu'elle est aussi fondée sur un principe étatique adéquat et indépendant qui puisse de bonne foi être considéré comme séparé, naturellement nous ne réviserons pas une telle décision. […] Lorsqu'il s'agit de savoir si nous avons compétence pour rejuger une affaire dont il est excipé qu'elle repose sur une base juridique indépendante et adéquate, nous considérerons simplement que de telles bases n'existent pas lorsqu'il ne ressort pas clairement du jugement de la cour d'État que celle-ci s'est fondée sur de telles bases et lorsqu'il apparaît honnêtement qu'elle s'est en réalité principalement fondée sur le droit fédéral. » Autrement dit, il faut que la base juridique étatique soit vraiment indépendante et que, comme l'écrit le juge O'Connor, elle ressorte « des quatre coins du jugement ». La jurisprudence « Long » a été récemment reconfirmée (« Arizona v. Evans » [1995])[25].

9. Né à l'origine du besoin d'alléger le rôle d'une Cour encombrée et surchargée d'affaires, le pouvoir discrétionnaire de la Cour suprême de juger les affaires qui lui sont soumises est un instrument capital de régulation des compétences entre le pouvoir judiciaire fédéral et les pouvoirs judiciaires des États. La Cour en fait aujourd'hui un grand usage si l'on en juge par la parcimonie avec laquelle elle accorde les ordonnances de *certiorari* qui lui sont demandées. Alors que, de 1971 à 1988, elle jugeait une moyenne de 147 affaires par an, dès 1989 le nombre des décisions tomba à 132. En 1990, il n'était plus que de 116 et, pour l'année judiciaire 1995, il a atteint le chiffre de 77. Ce déclin spectaculaire s'explique par diverses raisons. On peut y voir avec beaucoup de juristes américains une réévaluation complète par la Cour de son rôle dans le système juridique américain, induite notamment par le départ de juges libéraux et l'arrivée de juges conservateurs[26]. Il est aussi possible d'y voir la recherche d'une nouvelle distribution des pouvoirs dans l'Union entre le gouvernement fédéral et les États fédérés. Car aujourd'hui, c'est bien sur cette quête d'un nouveau pouvoir que s'articulent les grands débats constitutionnels des États-Unis et la tendance lourde semblerait se situer dans un courant de réinvention du pouvoir et du fédéralisme. Cette caractéristique du droit constitutionnel américain reste un élément décisif du système et c'est l'une des raisons pour lesquelles le pouvoir discrétionnaire d'une cour constitutionnelle de juger les affaires qui lui sont soumises n'a pas la même portée et la même signification dans un État fédéral et dans un État unitaire.

---

* Souligné par l'auteur.

25. 514 US 1 (1995).

26. Voir notamment A.D. Hellman, « The Shrunken Docket of the Rehnquist Court », *The Supreme Court Review*, vol. 9, 1996, p. 403-438.

S'agissant en revanche des juridictions suprêmes qui ne sont pas des cours constitutionnelles, le problème se pose peut-être en des termes différents. Dès lors que le double degré de juridiction est satisfait, il n'est pas impossible de donner aux juridictions suprêmes le pouvoir discrétionnaire de ne statuer que sur les affaires qui mettent en jeu des conflits de jugements. Devant l'engorgement des prétoires, une solution de repli serait aussi la possibilité de statuer par voie de jugement sommaire. En tout cas, il n'est pas inconcevable, moyennant certaines précautions, d'envisager une adaptation de cette particularité du système judiciaire américain au système juridique d'un État comme la France.

ADOLF KIMMEL

LA COHABITATION À L'ALLEMANDE

Les observateurs sont unanimes sur le diagnostic qu'ils portent sur la politique allemande : que ce soient des hommes d'affaires ou des hommes d'Église, des journalistes, des universitaires ou même des hommes politiques – tous s'accordent à constater, déplorer, critiquer le blocage, l'impasse, la paralysie, le *Reformstau*, c'est-à-dire l'impossibilité à réaliser des réformes. C'est une situation politique spécifique, qu'on peut nommer la cohabitation à l'allemande, qui en est la cause principale.

LA COHABITATION, VERSION FRANÇAISE…

A la différence de la France, la cohabitation en Allemagne ne signifie pas que le chef de l'État (le *Bundespräsident*), d'une part, et le gouvernement et sa majorité au Bundestag, d'autre part, représentent des orientations politiques différentes, voire contraires. Cette forme française de la cohabitation n'est pourtant pas inconnue en Allemagne : du mois de mai 1979 jusqu'en octobre 1982 coexistaient le président Karl Carstens, de la CDU, et le gouvernement du chancelier Helmut Schmidt, composé de la SPD et la FDP. Cette cohabitation ne posait aucun problème car le *Bundespräsident* ne dispose pas de moyens constitutionnels et politiques pour contrarier l'action du gouvernement et de sa majorité parlementaire.

… ET VERSION ALLEMANDE

La version allemande de la cohabitation existe si l'opposition au Bundestag est majoritaire au Bundesrat, organe qui représente les Länder au niveau du Bund. Si l'on met à part quelques mois pendant les années 1952 et 1953, une telle cohabitation n'a pas existé pendant les deux premières décennies de la RFA. Cette cohabitation a commencé de façon durable en 1969, lorsque l'alternance s'est réalisée à Bonn : la SPD et la FDP, disposant d'une courte majorité au Bundestag, forment alors une coalition gouvernementale, tandis que la CDU/CSU maintient une majorité au Bundesrat, majorité d'abord incertaine à cause des grandes coalitions que la CDU et la SPD formaient dans quelques Länder, mais majorité sûre à partir de 1972. Cette cohabitation a duré jusqu'à la chute du chancelier Schmidt et l'élection de Helmut Kohl comme chancelier, le 1er octobre 1982, formant un gouver-

nement composé de la CDU/CSU et de la FDP.

La cohabitation réapparaît au printemps de 1991, cette fois en sens inverse : la SPD obtient, pour la première fois, la majorité au Bundesrat, tandis que la CDU/CSU et la FDP ont conservé leur majorité au Bundestag aux élections de 1990. Cette fois aussi, la majorité sociale-démocrate au Bundesrat est d'abord aléatoire et incertaine, mais devient stable après une série d'élections aux Landtage (les parlements des Länder), gagnées par la SPD (et les Verts). Ainsi, les huit Länder gouvernés par la SPD seule ou avec les Verts disposent avec 35 voix sur 69 de la majorité absolue au Bundesrat. La CDU/CSU (avec la FDP) ne peut compter que sur 16 voix (la Bavière, la Saxe, le Bade-Wurtemberg) ; 14 voix viennent de quatre Länder gouvernés par de grandes coalitions CDU/SPD et 4 voix de la seule coalition formée par la SPD et la FDP (en Rhénanie-Palatinat).

Puisque les élections dans les Länder et dans le Bund se tiennent à des dates différentes et qu'elles ne se jouent pas sur les mêmes problèmes ni avec les mêmes candidats (malgré l'influence de la politique fédérale sur les élections aux Landtage), les résultats diffèrent les uns des autres. Et puisque les électeurs ont tendance à avertir le gouvernement fédéral lorsqu'ils sont mécontents de l'un ou l'autre aspect de sa politique, ils votent aux élections dans les Länder plus facilement pour les partis qui forment l'opposition au Bundestag. Par conséquent, la cohabitation peut se produire assez fréquemment (19 années sur 27 depuis 1969).

Afin de bien saisir la particularité de la version allemande de la cohabitation, il faut brièvement présenter le Bundesrat, expliquer ses compétences et son rôle dans le système politique.

La Composition du Bundesrat

Le Bundesrat est une institution unique dans les systèmes fédéraux. Lors des débats préparatoires de la Loi fondamentale, la Constitution de la RFA du 23 mai 1949, les constituants n'ont pas opté pour un Sénat, forme « normale » de la deuxième chambre dans un État fédéral (États-Unis, Suisse…), mais ont eu recours, après le débat le plus animé du *Parlamentarischer Rat* (l'Assemblée constituante), à une institution bien ancrée dans l'histoire constitutionnelle allemande : sous l'Empire allemand (1871-1918) comme sous la République de Weimar (1919-1933), il y avait un Bundesrat.

A la différence d'un Sénat, élu d'une manière directe ou indirecte dans le cadre des unités territoriales (États américains, cantons suisses, Länder autrichiens), le Bundesrat « se compose de membres des gouvernements des Länder, qui les nomment et les révoquent » (art. 51 al. 1er)[1]. Contrairement aux membres élus d'un Sénat, les membres du Bundesrat, délégués des gouvernements des Länder, ne disposent pas d'un mandat libre, mais doivent voter selon les instructions de leur gouvernement. Puisque « les voix d'un Land ne peuvent

1. Les articles cités sont ceux de la Loi fondamentale. Voir l'excellente traduction parue dans l'ouvrage d'Henri Oberdorff, *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1994.

être exprimées qu'en bloc » (art. 51 al. 3), les gouvernements des Länder, qui sont le plus souvent des coalitions (actuellement 12 sur 16), sont obligés de s'entendre sur la manière d'utiliser leurs voix. Cet accord est particulièrement important et difficile à réaliser s'il y a dans un Land une coalition gouvernementale différente de celle de Bonn, ce qui est parfois inévitable. Les Länder disposent de trois voix pour les plus petits à six pour les plus grands – ceux qui ont plus de sept millions d'habitants (art. 51 al. 2). La Constitution choisit donc une solution de compromis entre l'égalité rigoureuse et une stricte proportionnalité sur la base du nombre d'habitants.

Par la composition du Bundesrat, qui paraît correspondre plutôt à une confédération qu'à une fédération et qui ressemble visiblement à celle du Conseil des ministres de l'Union européenne, le fédéralisme allemand met l'accent sur l'élément gouvernemental et administratif aux dépens du parlementaire.

Un des motifs, et non le moindre, du choix du Bundesrat est le fait qu'il paraît plus apte qu'un Sénat à représenter les Länder et leurs intérêts au niveau du Bund[2]. Une telle institution était sans doute bien appropriée pour intégrer, en 1871, les souverains des États qui venaient de perdre leur souveraineté dans le nouveau Reich ; elle paraît aussi apte à prendre des décisions dans une Union européenne composée encore d'États-membres souverains. En revanche, l'institution, si elle est dotée de compétences importantes, paraît poser des problèmes dans un régime parlementaire – au niveau du Bund et des Länder – dans lequel les partis politiques sont les acteurs décisifs.

Les Compétences Législatives du Bundesrat

Le Bundesrat est l'institution par laquelle « les Länder participent à la législation et à l'administration du Bund et aux affaires de l'Union européenne[3] » (art. 50).

La participation du Bundesrat, sous des formes différentes, à l'administration du Bund, notamment par l'approbation des règlements du gouvernement fédéral (art. 80), n'a pas soulevé de difficultés jusqu'à aujourd'hui, même pendant une cohabitation. En ce qui concerne la participation à la politique européenne, réglementée dans le détail par l'article 23, dans sa version du 21 décembre 1992, elle peut gêner, par son caractère trop compliqué, la politique du gouvernement fédéral. Mais, aussi longtemps que les partis allemands sont globalement d'accord sur la politique européenne, la participation du Bundesrat ne pose pas de problème, même dans une situation de cohabitation. L'euroscepticisme d'hommes politiques comme Edmund Stoiber (CSU), Kurt Biedenkopf (CDU) ou Gerhard Schröder (SPD), respectivement ministre-président de Bavière, de Saxe et de Basse-Saxe, n'y change pas grand-chose.

C'est dans le domaine de la législation que la cohabitation se révèle difficile, car le Bundesrat peut peser fortement sur les décisions politiques et, à la limite, peut même les bloquer.

2. Il n'est pas étonnant que les membres bavarois de l'Assemblée constituante aient été les partisans les plus énergiques du Bundesrat.

3. Le dernier membre de la phrase a été inséré en décembre 1992.

La participation législative du Bundesrat est générale dans ce sens que toutes les lois que le Bundestag a votées doivent lui être transmises (art. 78). Toutefois, comme le dit une décision de la Cour constitutionnelle du 25 juin 1974, « le Bundesrat n'est pas une deuxième chambre d'un organe légiférant qui participerait à la procédure législative d'une valeur équivalente à la première chambre ». Cela ressort d'ailleurs déjà de la formule de promulgation des lois : « Le Bundestag a voté, avec l'approbation du Bundesrat… », et non pas : « Le Bundestag et le Bundesrat ont voté… »

Et l'article 77 alinéa 1er de la Loi fondamentale énonce : « Les lois fédérales sont adoptées par le Bundestag. » Le Bundesrat participe « seulement » à la législation. Mais on n'en saurait conclure que le Bundesrat ne joue qu'un rôle mineur dans la procédure législative fédérale[4], et donc dans la politique allemande. Le Bundesrat peut assurer cette participation par cinq modalités :

– Il exerce son droit d'initiative (art. 76 al. 1er). Ce droit, le Bundesrat l'exerce peu, car seulement 6,1 % des projets et propositions de lois déposés au Bundestag viennent de lui ; 3,6 % des lois promulguées ont pour origine le Bundesrat, mais 19,7 % le Bundestag[5].

– Il prend position sur les projets de loi du gouvernement fédéral qui lui sont soumis avant d'être déposés au Bundestag (art. 76 al. 2). Il faut préciser qu'il s'agit d'un avis parfois fort détaillé, mais non d'amendements.

– Il peut demander la convocation du *Vermittlungsausschuß*, commission de conciliation, qui est une sorte de commission mixte paritaire (art. 77), composée d'un nombre égal de membres (actuellement 32) du Bundestag et du Bundesrat. Les membres du Bundestag sont nommés proportionnellement à l'effectif des groupes ; chaque Land y envoie un membre, normalement le ministre-président lui-même. La commission peut être convoquée s'il y a des divergences entre le Bundestag et le Bundesrat sur un texte. Le Bundesrat peut demander la convocation dans tous les cas ; le Bundestag et le gouvernement fédéral au cas où l'approbation du Bundesrat est requise pour une loi. Neuf fois sur dix la convocation est demandée par le Bundesrat. C'est logique car les lois sont adoptées par le Bundestag et, à la différence du Sénat français, le Bundesrat ne peut pas les amender, mais seulement les accepter ou les rejeter. S'il veut les amender, cela ne lui est possible que par l'intermédiaire de la commission de conciliation. Si cette commission arrive à établir un texte de compromis, modifiant le texte voté par le Bundestag – et c'est souvent le cas –, celui-ci ne peut se prononcer que par un vote bloqué, ce qui aboutit, en règle générale, à l'acceptation. Il s'agit donc d'une commission extrêmement importante (certains parlent, de façon critique, d'une troisième chambre), notamment en période de cohabitation.

– Le Bundesrat peut déclarer son opposition à un texte voté par le Bundestag (art. 77 al. 3 ; ce sont les

4. Les lois dans les Länder sont votées par les Landtage ; le Bundesrat n'y joue aucun rôle.

5. Ces chiffres, comme ceux qui suivent, se trouvent dans Ingo von Münch et Philip Kunig (éd.), *Grundgesetz-Kommentar*, Munich, 1996 (3e éd.), t. 3, p. 198 et 219-221. Pour la législature actuelle ils sont tirés du *Handbuch des Bundesrates 1996/7*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 283-290.

Einspruchsgesetze). Dans ce cas, la convocation de la commission de conciliation est obligatoire. Si elle ne réussit pas à trouver un compromis, le Bundestag a le dernier mot (comparable donc à la procédure de l'art. 45 al. 4 de la Constitution française). Le Bundesrat dispose dans ce cas seulement d'un veto suspensif.

– Enfin, le Bundesrat doit donner son approbation à certains textes votés par le Bundestag (art. 77 al. 2a et art. 78 ; ce sont les *Zustimmungsgesetze*). S'il refuse de la donner, il n'y aura pas de loi. Le Bundesrat dispose donc d'un veto absolu.

De cette énumération il s'ensuit clairement que le Bundesrat n'est pas, comme le Sénat américain ou le Ständerat suisse (la représentation des Kantone), une deuxième chambre qui dispose d'un pouvoir législatif égal à la première. Il ne peut pas lui-même amender les textes votés par le Bundestag et il ne peut arrêter définitivement que certaines lois. La position très forte dont jouit quand même le Bundesrat dans le domaine législatif n'était pas prévue initialement par les pères de la Constitution allemande. Elle est le résultat d'évolutions constitutionnelles et surtout politiques.

L'Évolution Constitutionnelle : le Bundesrat Renforce son Rôle

Il est évident que ce ne sont ni le droit d'initiative des lois ni le droit de prendre position sur les projets gouvernementaux qui fondent la forte position du Bundesrat. Dans les deux cas, l'opinion et la volonté du Bundesrat restent sans conséquence si le Bundestag ou le gouvernement s'y opposent. Le droit de prendre position contre des textes votés par le Bundestag pèse déjà d'un poids plus lourd. Bien sûr, le Bundestag peut rendre inefficace ce veto en renouvelant son vote, mais puisque le veto est émis par la majorité des membres du Bundesrat, il ne peut le rejeter qu'avec la même majorité[6]. Cela peut paraître difficile, mais puisqu'il s'agit d'une épreuve de force et d'une affaire de prestige entre le gouvernement et sa majorité, d'une part, et l'opposition majoritaire au Bundesrat, d'autre part, la discipline de vote est si loyalement observée par les députés que même une majorité étroite au Bundestag – comme c'est actuellement le cas – arrive normalement à rejeter le veto. Il n'est donc pas étonnant que le Bundesrat n'aie pas très souvent recours à ce droit : depuis 1949 il n'a soulevé l'opposition que dans trente-trois cas[7]. Huit fois le Bundestag n'a pas réussi à rejeter le veto (ou n'a rien fait du tout). Comme on l'a remarqué, la convocation de la commission de conciliation est obligatoire et c'est par cette voie que le Bundesrat peut réussir à modifier le texte contre lequel il a déclaré son opposition.

Le fondement le plus solide du pouvoir du Bundesrat réside dans son droit d'approbation de certaines lois car le Bundestag ne peut en aucun cas rejeter ce veto absolu. Si le gouvernement et sa majorité au Bundestag veulent sauver au moins quelques éléments de leur texte, ils sont obligés de se prêter à des

6. Un veto adopté par le Bundesrat à une majorité de deux tiers ne pourrait être mis de côté par le Bundestag que par la même majorité. Une telle situation risquerait d'aboutir à un blocage total de toute activité législative. Elle ne s'est pas produite jusqu'à aujourd'hui.

7. Jusqu'au 19 juillet 1996.

compromis, souvent substantiels, avec le Bundesrat dans le cadre de la commission de conciliation. Le pouvoir du Bundesrat dépend donc du nombre et de l'importance de cette catégorie de lois. Quelles sont donc ces lois particulières, les *Zustimmungsgesetze* ?

La Loi fondamentale ne les groupe pas dans un seul article ; elles sont dispersées sur de nombreux articles à travers tout le texte constitutionnel. Les dispositions n'étant pas toujours suffisamment précises, les acteurs politiques se querellent parfois sur l'appartenance d'une loi à cette catégorie. Selon la Cour constitutionnelle (avis du 22 novembre 1951), il s'agit de « cas déterminés qui touchent d'une façon particulièrement nette le domaine des Länder ». Cette formule, déjà assez vague, ne se trouve pas dans la Loi fondamentale. Parmi ces lois on peut distinguer cinq catégories :

– des lois qui touchent à la compétence administrative des Länder (notamment art. 83 à 85) ;

– des lois qui ont des conséquences sur les finances des Länder (notamment art. 105 al. 3) ;

– des lois qui concernent les tâches communes entre le Bund et les Länder (art. 91a, inséré en 1969) ;

– des lois en matière européenne (art. 23, inséré en 1992) ;

– des lois s'appliquant en cas de défense nationale (art. 115c, 115k, 115l).

Dans l'esprit des constituants, les lois appartenant à ces catégories devaient être l'exception. On estimait leur part à 10 % ; aujourd'hui, elles constituent autour de 55 % de l'ensemble des lois. Quels sont les facteurs qui ont entraîné cette évolution inattendue et surprenante ?

Malgré l'article 70 alinéa 1er, qui peut faire penser qu'en matière législative les Länder auraient plus d'importance que le Bund, c'est une évolution contraire qui s'est produite : en ce qui concerne la compétence législative, « grande affaire » de tout système fédéral, la RFA est un État assez unitaire. D'abord la Loi fondamentale réserve déjà les matières essentielles à la compétence du Bund (art. 73). Mais surtout, le législateur fédéral a interprété et pratiqué d'une façon extensive, sinon excessive, sa compétence législative concurrente (art. 72, 74 et 74a). L'alinéa 2 de l'article 72, qui stipule qu'il doit « exister un besoin de réglementation législative fédérale » pour que le Bund ait le droit de légiférer dans le domaine concurrent, ne constituait guère un obstacle. Au contraire, « la sauvegarde de l'unité juridique ou économique […] et notamment la sauvegarde de l'homogénéité des conditions de vie au-delà du territoire d'un Land », exigée comme but pour la législation fédérale, s'est révélé comme le « cheval de Troie » des tendances unitaires qui, par la force des choses, vont de pair avec la démocratie et surtout l'État-providence[8]. La Cour constitutionnelle n'a pas freiné cette évolution car, montrant pour une fois une réserve remarquable, elle déclare que le constat d'un tel besoin doit être fait par les autorités politiques (décision du 22 avril 1953).

Un trait particulier du fédéralisme allemand a joué également en faveur du Bundesrat. A la différence du fédéra-

8. C'est pour cela qu'on peut rester sceptique sur la question de savoir si la modification de l'article 72 du 27 octobre 1994 entraîne vraiment, comme c'est l'intention, une redistribution des compétences législatives entre le Bund et les Länder en faveur de ces derniers.

lisme dualiste des États-Unis, l'Allemagne pratique un fédéralisme coopératif : la législation est en grande partie entre les mains du Bund, mais ce sont les Länder qui disposent le plus souvent de l'administration. Ils « exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre » (art. 83). Si toutefois les lois fédérales contiennent des dispositions relatives « à l'organisation des administrations et à la procédure administrative », qui sont affaire des Länder, ces lois exigent l'approbation du Bundesrat (art. 84 al. 1er). Les tendances unitaires ont pour effet que beaucoup de lois fédérales contiennent de telles dispositions qui assurent une application homogène. Plus des deux tiers des lois qui doivent être soumises à l'approbation du Bundesrat doivent l'être en raison de l'article 84 alinéa 1er. Le Bundesrat a toujours défendu, avec beaucoup d'énergie et de persévérance, son interprétation de cet article : parce qu'il accepte ou rejette *toute* la loi, c'est aussi *toute* la loi qui exige son approbation et pas seulement telle ou telle disposition administrative, même si le contenu matériel de la loi n'exige pas l'approbation. Au nom de l'unité de la loi, la Cour constitutionnelle a confirmé la position du Bundesrat (décision du 10 décembre 1980).

Il faut ajouter à cette pratique de la Constitution un certain nombre de révisions qui ont augmenté le nombre de cas exigeant l'approbation du Bundesrat[9]. Ces révisions entraînaient un affaiblissement successif de la compétence législative des Länder et le Bundesrat ne les a acceptées qu'à condition de renforcer l'influence de ceux-ci sur la législation fédérale, par l'intermédiaire du Bundesrat dont le rôle devient par conséquent toujours plus important. Le cas le plus remarquable constitue l'insertion de l'article 9 sur les tâches communes[10]. Le gouvernement et sa majorité au Bundestag ont accepté ce renforcement du Bundesrat car, au moins jusqu'à l'automne 1969, sa majorité avait la même orientation que celle du Bundestag et la concertation entre les deux institutions ne posait pas de problème.

Des révisions constitutionnelles particulièrement importantes concernaient la répartition des ressources financières entre le Bund et les Länder. Elles aussi ont augmenté le nombre de lois exigeant l'approbation du Bundesrat. Initialement, la masse des impôts était perçue ou bien par le Bund ou bien par les Länder. Dans un tel système, dit de séparation, les lois fiscales étaient votées par les Landtage ou par le Bundestag, mais sans que le Bundesrat ait à donner son approbation. Par la réforme de 1955, et surtout celle de 1969, le système de séparation a été remplacé par un système de liaison (*Steuerverbund*) : les impôts les plus importants (l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et la TVA) sont maintenant partagés entre le Bund et les Länder. Ces impôts représentent aujourd'hui à peu près trois quarts des recettes fiscales. Selon l'article 105 alinéa 3, les lois sont votées par le Bundestag, mais l'approbation du Bundesrat est requise.

S'il y a des majorités divergentes au Bundestag et au Bundesrat, presque aucune loi fiscale, de toute façon aucune réforme fiscale de quelque importance ne

9. Selon I. von Münch et P. Kunig (*op. cit.*, t. 3, p. 212-213), ce nombre est passé de 13 à 49.

10. Il s'agit de la construction d'universités, de l'amélioration de la structure économique régionale comme des structures agricoles et de la protection des côtes.

peut être réalisée si la CDU/CSU et la SPD n'arrivent pas à se mettre d'accord. L'échec de la réforme fiscale voulue par le gouvernement du chancelier Kohl en est la preuve la plus récente. Dans les années 1970, le gouvernement du chancelier Schmidt a fait la même expérience. Ce genre de blocage risque de se produire d'autant plus facilement que les deux grands partis, qui sont relativement proches l'un de l'autre en ce qui concerne la politique extérieure, la politique européenne et même la politique intérieure, s'opposent surtout sur des problèmes financiers, fiscaux ou sociaux. Il devient encore plus difficile de trouver un compromis si l'on approche des élections : dans les années 1970, il s'agissait d'une série d'élections à différents Landtage, actuellement ce sont les élections au Bundestag prévues pour l'automne 1998. Dans un tel climat (pré)électoral, des considérations purement tactiques amènent souvent les partis à prendre des positions particulièrement intransigeantes.

Avant d'aborder ce problème capital du rôle des partis, jetons un coup d'œil sur la statistique. A première vue elle ne paraît pas attester une très forte influence ou même un blocage du Bundesrat. Depuis la fondation de la RFA jusqu'en juillet 1996, le Bundesrat n'a refusé son approbation qu'à 115 textes sur 5 106 votés par le Bundestag (2,25 %). Après convocation de la commission de conciliation, un compromis a été trouvé sur 63 de ces textes (dont un fut divisé en deux), qui ont été promulgués comme des lois. Restent donc 53 lois repoussées définitivement à cause du refus du Bundestag (1,2 par an).

Mais il faut compléter et interpréter ce décompte. Le Bundesrat a convoqué la commission de conciliation 571 fois sur 603 au total[11]. Dans 525 cas, la commission a réalisé un compromis, mais les lois promulguées ne sont plus celles de la majorité du Bundestag. Elles sont fortement marquées par la majorité du Bundesrat. Sans se livrer à des recherches très poussées, on peut faire quelques observations :

– Les lois auxquelles le Bundesrat a refusé son approbation, provisoire ou définitive, sont souvent des lois très politiques (et non pas seulement techniques), des lois de première importance pour le gouvernement fédéral en vue de la réalisation de son programme.

– Les lois promulguées après convocation de la commission sont en général, on vient de le dire, des textes de compromis entre le Bundestag et le Bundesrat. Ce dernier réussit surtout à faire adopter ses propositions s'il a la possibilité de faire échouer toute la loi, c'est-à-dire pour les *Zustimmungsgesetze*.

– Il faut faire attention aux variations chronologiques très nettes. Pendant les quatre législatures de 1957 à 1972, il n'y a eu que 6 refus définitifs ; pour les années 1972 à 1980 – période de cohabitation assez conflictuelle – on en compte 17 ; de 1983 à 1990, seulement 4, de 1990 à 1996 – nouvelle cohabitation –, 14. On peut observer des différences comparables en ce qui concerne les convocations de la commission de conciliation par le Bundesrat : pour la seule législature de 1972 à 1976, on compte, avec 96 convocations, presque autant que pour les trois législatures précédentes (99) ; depuis 1990, on compte de nouveau

11. Sont comptées toutes les convocations, pour les *Einspruchsgesetze* comme pour les *Zustimmungsgesetze*.

96 convocations, comparées à 36 seulement pour la décennie précédente. Il ressort de ces chiffres qu'en période de cohabitation le Bundesrat, c'est-à-dire l'opposition (au Bundestag), influe fortement sur la législation. Si les grands partis arrivent à conclure des compromis, l'Allemagne est en fait gouvernée par une très grande coalition ; s'ils n'y arrivent pas, l'activité du gouvernement est sensiblement gênée (situation actuelle).

– Finalement il faut mentionner l'effet de contrôle préventif qu'exerce le Bundesrat si l'opposition y dispose de la majorité. Le gouvernement et sa majorité au Bundestag suppriment *a priori* de leurs projets de lois les dispositions jugées inacceptables par le Bundesrat.

L'Évolution des Partis Politiques et les Conséquences sur la Cohabitation à l'Allemande

Le facteur qui a joué le rôle décisif quant à la genèse et au déroulement – difficile – des cohabitations entre le gouvernement et la majorité du Bundestag, d'un côté, et le Bundesrat avec une majorité différente, de l'autre, c'est l'évolution des partis politiques.

Après la guerre, à l'époque de l'élaboration de la Loi fondamentale, l'attitude à l'égard des partis politiques était plutôt réservée chez beaucoup d'hommes politiques allemands : les souvenirs de la République de Weimar, sous laquelle les partis n'avaient pas joué un rôle très constructif, étaient aussi vivants qu'une tradition politique assez autoritaire. Même si les partis, encouragés par les occupants, devenaient bientôt des acteurs politiques fort importants, personne ne pensait, en rédigeant la Loi fondamentale, fonder un régime des partis. Les constituants entendaient plutôt limiter le pouvoir des partis par certaines institutions étatiques.

Ainsi, le Bundesrat était conçu comme une sorte de contre-pouvoir au régime des partis. Ceux qui s'opposaient à un Sénat expliquaient que les sénateurs élus suivraient, en prenant des décisions, l'idéologie partisane et se plieraient à la discipline de parti. Un Sénat ne serait donc, selon Theodor Heuss (futur *Bundespräsident*), qu'« une microscopie du Bundestag ». Les membres du Bundesrat, en revanche, prendraient en considération, en tant que membres du gouvernement d'un Land, les intérêts « objectifs » de ce Land.

Ces espoirs parurent se concrétiser car les ministres-présidents de la première heure ont continué le plus souvent d'exercer une forte influence et ont manifesté un degré remarquable d'indépendance à l'égard des partis. De plus, la CDU, fondée au niveau fédéral seulement en 1950, n'était à l'époque qu'une organisation assez faible et peu encline à imposer une stricte discipline à « ses » ministres-présidents. Cependant, les controverses autour du traité de la CED en 1952-1953 laissaient déjà pressentir l'ingérence de la politique des partis dans le travail du Bundesrat, car la direction de la SPD y contraignait ses membres à suivre la ligne politique décidée par elle. Le chancelier Adenauer, inquiet pour sa politique extérieure, sommait le Bundesrat « de se libérer de l'influence des partis[12] ». Au congrès de la CDU, en

12. Cité par Karl Friedrich Fromme, *Gesetzgebung im Widerstreit. Wer beherrscht den Bundesrat ?*, Stuttgart, Verlag Bonn Aktuell, 1979 (2e éd.), p. 11.

1956, il avouait que l'Assemblée constituante en 1948 n'avait pas pensé que les Länder feraient au Bundesrat une politique partisane. Elle avait l'« illusion » que les gouvernements des Länder prendraient leurs distances avec la lutte des partis.

Le problème devint aigu à partir de 1969 : les partis, et notamment la CDU, étaient devenus plus forts et plus influents ; ils avaient des programmes politiques élaborés et attendaient de leurs élus, au Bundestag comme dans les Landtage et les gouvernements des Länder, et donc aussi des membres du Bundesrat, qu'ils suivent la stratégie politique décidée par leurs directions nationales. De surcroît, le système des partis avait suivi une évolution à l'anglaise : malgré la formation temporaire d'une grande coalition au niveau fédéral (1966 à 1969), la CDU/CSU d'un côté, la SPD de l'autre formaient deux camps politiques opposés (les libéraux renforçant l'un ou l'autre). L'alternance de 1969 entraîne un durcissement de leurs positions, pas seulement dans le domaine de la politique interallemande et de l'*Ostpolitik*, mais aussi dans les domaines de la politique économique, financière, fiscale, sociale et intérieure, c'est-à-dire des domaines dans lesquels les droits de participation du Bundesrat à la législation étaient particulièrement importants.

Avec l'affermissement de la majorité CDU/CSU au Bundesrat, en 1972, il devint évident que la logique partisane l'emportait dans les cas les plus conflictuels sur la logique fédéraliste. Le fait que le Bundesrat ne soit pas organisé comme un parlement en groupes politiques est sans conséquence pratique car les membres appartenant aux deux camps se concertent entre eux et, si besoin est, avec la direction de leur parti (Les négociations sur la réforme fiscale en fournissent actuellement une bonne illustration). Tous les témoignages concordent : c'est dans les instances dirigeantes des partis que les décisions importantes sont prises. Cela est vrai pour les deux partis comme pour les deux cohabitations des années 1970 et 1990. Lorsque le chancelier Kohl déplore que la soif de pouvoir d'un parti régente le Bundesrat et que le président de la FDP s'exclame : « Nous sommes au gouvernement mais non au pouvoir ! » (*FAZ* du 8 juillet 1997), ils ne répètent que ce que les leaders de la SPD avaient déjà dit dans les années 1970 : Willy Brandt parlait du Bundesrat comme d'« une guillotine pour les lois », Helmut Schmidt lui reproche de se comporter comme un « contre-gouvernement ». Ni la coalition sociale-libérale des années 1970 ni la coalition CDU/CSU et FDP depuis 1990 ne peuvent réaliser leurs programmes politiques complètement : ou elles échouent ou elles sont obligées à des compromis qui défigurent sensiblement leurs projets initiaux, la majorité du Bundesrat fonctionnant comme un frein, un correcteur ou un obstacle infranchissable.

Même si cette évolution était inattendue pour les constituants de 1948, elle est le résultat de la logique politique. Dans les Länder comme dans le Bund, il y a des régimes parlementaires avec les mêmes partis politiques jouant le rôle dominant. Et la logique et les principes du régime parlementaire sont valables dans les Länder comme dans le Bund : les membres des gouvernements sont des hommes de parti, leurs postes ministériels sont souvent la récompense d'une carrière au service du parti. Il n'est pas étonnant qu'ils se comportent en hommes de parti disciplinés, surtout quand il s'agit de questions politiques

importantes. Il arrive qu'un ministre-président s'écarte de la ligne de son parti parce que des intérêts spécifiques de son Land sont en jeu ; il arrive que les ministres-présidents fassent cause commune, indépendamment de leur appartenance politique, s'il s'agit de défendre leurs ressources financières contre le Bund – mais attendre d'eux comme la règle un comportement au-dessus des partis est peu réaliste.

Les règles du jeu de la concurrence des partis et celles d'un système fédéral n'obéissent pas à la même logique. Des tensions trop fortes ou des contradictions ouvertes ne peuvent être évitées qu'avec des partis très décentralisés et qui ne sont dotés que d'un degré de discipline faible – comme aux États-Unis – ou bien seulement avec des partis qui pratiquent le consensus et guère la compétition autour du pouvoir, comme c'est le cas en Suisse. Mais des partis qui se comportent en concurrents parfois farouches, comme les partis britanniques, d'un côté, et des structures politiques comparables à celles de la Suisse, de l'autre côté, une telle combinaison est difficile à faire fonctionner d'une façon satisfaisante[13].

Des Réformes, Lesquelles et Comment ?

Le Bundesrat peut donc, s'il y existe une majorité divergente de celle du Bundestag, retarder les décisions de celui-ci (et du gouvernement fédéral), les affadir ou les empêcher entièrement. Que les décisions restent bloquées ou que les deux grands partis réussissent à s'entendre sur un compromis sur le plus petit dénominateur commun – le résultat est ce qu'on appelle le *Reformstau*, l'« omission de réformes » qui seraient nécessaires, du moins selon l'avis du gouvernement et des milieux d'affaires, pour maintenir et améliorer la compétitivité économique internationale de l'Allemagne. D'où les demandes de Hans-Olaf Henkel, le président du BDI (le patron des patrons) ou du comte Lambsdorff (FDP), ancien ministre de l'Économie, de réformer le fédéralisme allemand, y compris la position du Bundesrat.

A côté de l'argument d'efficacité (économique), on avance souvent un argument politique pour justifier la critique du système actuel : l'opposition parlementaire peut, par l'intermédiaire du Bundesrat, empêcher la majorité du Bundestag de réaliser le programme pour lequel elle a reçu mandat des électeurs. Cela va à l'encontre du principe démocratique.

Effectivement, la démocratie allemande, qu'on caractérise parfois comme le système le plus compliqué du monde occidental[14], se distingue de la démocratie britannique ou française (sauf en période de cohabitation) par un ensemble de *checks and balances*, comparable sur ce point aux États-Unis ou à la Suisse[15]. Dans un tel système, il est laborieux et difficile de mettre en œuvre des décisions. Même s'il y a des majorités convergentes au Bundestag et au Bundesrat, le gou-

13. Voir l'analyse de Fritz W. Scharpf, « Nötig, aber ausgeschlossen », *FAZ*, 5 juin 1997.

14. Par exemple Johannes Ludewig, ancien secrétaire d'État au *Bundeskanzleramt*, in *Die Zeit* du 2 mai 1997.

15. Outre le fédéralisme et le Bundesrat, on pourrait mentionner la Cour constitutionnelle et la Bundesbank, deux institutions particulièrement puissantes.

vernement fédéral aura parfois du mal à s'arranger avec le Bundesrat, car les Länder défendent avec opiniâtreté leurs intérêts, surtout financiers. Tirant des leçons de l'expérience funeste du nazisme, les constituants allemands avaient pour souci premier de faire en sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir ». Depuis quelques années, on se soucie de réformer le système politique pour lui donner plus de clarté, de transparence et d'efficacité. Bien des propositions de réforme visent le Bundesrat, dont on veut diminuer les possibilités de freiner l'action du gouvernement fédéral en réduisant le nombre des lois pour lesquelles son approbation est indispensable.

Une première possibilité pourrait être la division plus fréquente des lois en une partie matérielle, qui souvent n'exige pas l'approbation du Bundesrat, et en une partie qui règle les procédures administratives pour l'exécution des lois et pour laquelle l'approbation est nécessaire (art. 84 al. 1er). Le gouvernement du chancelier Schmidt y a pensé comme issue à ses difficultés avec le Bundesrat et a même pris, en 1981, une décision à ce sujet. Elle est restée sans suite car, après la formation du gouvernement de Helmut Kohl en 1982 et la fin de la période de cohabitation, il n'y a plus eu de difficultés avec le Bundesrat. D'un point de vue constitutionnel, une telle pratique serait parfaitement possible (décision de la Cour constitutionnelle du 25 juin 1974). Toutefois, il existe souvent un rapport si étroit entre les parties matérielle et administrative-procédurale qu'il serait artificiel de diviser les lois en deux. Si l'on renonçait à toute disposition concernant l'exécution administrative et laissait la main libre aux Länder (art. 83) on risquerait de susciter trop de différences dans l'application des lois. Sans apporter une solution complète à la problématique, la division pourrait au moins l'atténuer quelque peu.

La possibilité la plus efficace, mais aussi la plus difficile à mettre en œuvre, serait une révision constitutionnelle qui réduirait sensiblement le nombre de cas exigeant l'approbation du Bundesrat. Une révision constitutionnelle serait notamment indispensable dans le domaine fiscal[16]. Mais on se rappelle que toute révision nécessite l'approbation par une majorité des deux tiers du Bundesrat. Il est hautement invraisemblable que le Bundesrat et les Länder donnent leur accord à une diminution substantielle de leur pouvoir. Plusieurs ministres-présidents, au premier rang desquels celui de la Bavière, ont déjà déclaré ne voir aucune nécessité à de telles réformes. Le chancelier Kohl, évaluant en homme politique chevronné et réaliste que de telles propositions n'ont aucune chance d'être acceptées, a déclaré à son tour n'y voir aucun intérêt. D'ailleurs, ni la commission d'enquête du Bundestag en 1976 ni la commission constitutionnelle commune du Bundestag et du Bundesrat en 1991-1993 n'ont proposé de révisions qui aillent dans ce sens.

La démocratie allemande restera un système compliqué, lourd et qui a souvent besoin, pour bien fonctionner, d'un large consensus entre les partis politiques et entre les Länder et le Bund. Avec des avantages, dont le plus important paraît être un contrepoids efficace à tout pouvoir, elle doit aussi vivre avec un certain nombre d'incon-

16. Évidemment, la révision devrait respecter les limites posées par l'art. 79 al. 3, selon lequel « le principe de la participation des Länder à la législation » est intouchable.

vénients : le suffrage universel n'a pas toujours l'importance et la conséquence que la majorité des électeurs souhaiterait, car la majorité parlementaire ne peut pas toujours, même si elle est issue d'un triomphe électoral (comme la SPD en 1972), réaliser son programme comme elle le voudrait ; la responsabilité politique risque de se diluer ; les décisions politiques prennent beaucoup de temps et ne sont souvent possibles que sous la forme de compromis qui n'apportent pas les meilleures solutions aux problèmes.

Pierre Astié
Dominique Breillat*

Repères étrangers

(1er juillet – 30 septembre 1997)

Chine

12 au 18 septembre 1997 : **Parti communiste chinois.** A la suite du XVe congrès du Parti communiste chinois, le premier de l'ère Deng Xiaoping, ont été désignés les sept membres permanents du Bureau politique par le Comité central : Jiang Zemin, secrétaire général du Parti, président de la République et président de la Commission militaire centrale ; Li Peng, Premier ministre ; Zhu Rongji, vice-Premier ministre ; Li Ruihuan, président de la Conférence consultative politique du peuple chinois ; Hu Jintao, membre du secrétariat du Comité central ; Wei Jianxing, président de la commission de discipline du Comité central ; Li Lanqing, vice-Premier ministre. Pour la première fois dans l'histoire du Parti, aucun militaire n'en fait partie. L'armée reste toutefois représentée au Politburo par les généraux Zhang Wannian et Chi Haotian, respectivement ministre de la Défense et chef d'état-major. Il faut aussi noter l'élimination du rival potentiel du numéro 1 du Parti, le président du Parlement Qiao Shi, remplacé par Zhu Rongji, devenu numéro 3 du régime.

Au cours de ce congrès a été annoncée la grande réforme des restructurations du secteur des entreprises publiques inspirée de la théorie du « socialisme de marché aux caractéristiques chinoises » (*Libération*, 18, 28 août, 12, 13-14, 19, 20-21 septembre 1997 ; *Le Monde*, 19 et 20 septembre ; *Le Figaro*, 12 et 20-21 septembre 1997 ; *Courrier international*, 28 août et 25 septembre 1997).

États-Unis

24 juillet 1997 : **Cour suprême.** William J. Brennan Jr. meurt à l'âge de 91 ans. Il avait été nommé juge à la Cour suprême par le président Eisenhower en dépit de son appartenance au parti démocrate et avait siégé jusqu'à sa démission en 1990 pour raisons de santé. Juge libéral, il avait exercé une très forte influence sur la Cour, notamment sous la présidence d'Earl Warren. Il avait rédigé entre autres nombreuses décisions, l'arrêt « Baker v. Carr » (*Le Monde*, 30 juillet 1997).

* Université de Poitiers.

11 août 1997 : **Président ; veto.** Le président Bill Clinton a inauguré le veto sélectif (*line-item veto*), nouvelle arme donnée à l'exécutif l'année dernière et promulguée le 9 avril 1996, visant notamment à mettre fin à la pratique consistant à insérer dans les lois des dispositions sans rapport avec celles-ci, le président ne pouvant refuser que l'ensemble de la loi. Par cette décision, il annule trois dispositions ponctuelles contenues dans l'accord budgétaire conclu avec la majorité républicaine du Congrès (*Le Monde*, 13 août 1997).

GRANDE-BRETAGNE

11 et 18 septembre 1997 : **Référendum ; autonomie.** Les électeurs écossais et gallois ont été appelés à se prononcer à une semaine d'intervalle sur la création d'une assemblée disposant de pouvoirs sur les affaires locales, notamment l'éducation et la santé. C'est un changement essentiel depuis l'Acte d'union de 1707. Le référendum écossais proposait deux questions, l'une portant sur la création d'un parlement écossais séparé, l'autre sur les pouvoirs en matière financière. La participation a atteint 60,4 %. Le oui a recueilli 1 775 045 voix (74,3 %) à la première question contre 614 400 non (25,7 %), et 1 512 889 (63,5 %) à la seconde contre 870 263 non (36,5 %). Le référendum gallois ne posait qu'une question sur le principe de la création d'une assemblée galloise. Les Gallois ont voté sans enthousiasme pour leur premier parlement depuis 1404, la participation se situant à 50,3 %. Quant aux résultats, ils voient une victoire de justesse du oui qui recueille 559 419 suffrages contre 552 698 au non (*Libération*, 25 juillet, 11, 12, 13-14, 18, 20-21 septembre 1997 ; *Le Monde*, 26 juillet, 10, 12, 13, 18, 20 septembre 1997 ; *Survey of Current Affairs*, septembre 1997 ; ambassade de Grande-Bretagne).

INDE

15 juillet 1997 : **Président.** Les députés du Parlement national et des assemblées régionales de la Fédération indienne élisent comme nouveau chef de l'État Kocheril Raman Narayanan, 76 ans, jusqu'alors vice-président. C'est la première fois qu'un intouchable accède à la présidence de la République. Même si la fonction est essentiellement protocolaire, on y voit, à la veille du cinquantième anniversaire de l'Indépendance, un symbole fort (*Le Monde*, 19 juillet 1997 ; *Courrier international*, 31 juillet 1997).

JAPON

12 septembre 1997 : **Premier ministre.** Reconduit à la présidence du Parti libéral-démocrate (PLD) par l'assemblée générale des parlementaires libéraux-démocrates, Ryutaro Hashimoto, au pouvoir depuis le 11 janvier 1996, est reconduit dans sa fonction par consensus, n'ayant aucun rival face à lui.

Il est le deuxième chef de gouvernement, après Yasuhiro Nakasone en 1984, à être renouvelé sans qu'il soit procédé à un vote (*Libération*, 12 septembre 1997 ; *Le Monde*, 9 et 11 septembre 1997).

THAÏLANDE

27 septembre 1997 : **Constitution.** Par 578 voix sur 651, les parlementaires adoptent une nouvelle Charte, la quin-

zième depuis l'abolition, en 1932, de la monarchie absolue. Son objectif est de libéraliser le régime, et surtout d'enrayer la corruption et le clientélisme politique.

Cette Constitution introduit notamment l'élection au suffrage universel des sénateurs, antérieurement désignés par le gouvernement. Elle réduit les pouvoirs des administrateurs locaux qui, particulièrement en secteur rural, forment les clientèles des barons de la politique. En outre, elle interdit le cumul des mandats et créé une commission anticorruption (*Libération*, 29 septembre 1997 ; *Le Monde*, 28-29 septembre 1997 ; *Le Figaro*, 29 septembre 1997).

Pierre Avril
Jean Gicquel

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1er juillet – 30 septembre 1997)

Les références aux 23 premières chroniques sont données sous le sigle CCF suivi du numéro correspondant de Pouvoirs *et de la page du recueil qui les réunit :* Chroniques constitutionnelles françaises, 1976-1982 *(PUF, 1983).*

Repères

4 juillet. Annulation de la procédure concernant les époux Tiberi.

6 juillet. Philippe Séguin est élu président du RPR par les assises nationales.

10 juillet. « Le gaullisme n'existe plus », affirme Claude Allègre.

11 juillet. Dominique Voynet confirme l'arrêt de Superphénix.

21 juillet. Remise de l'audit sur l'état des finances publiques.

29 juillet. Nicolas Sarkozy est reçu à l'Élysée.

7 août. P. Labaune, maire (RPR) de Valence, propose la fusion du RPR et de l'UDF.

19 août. L'afflux des demandes de régularisation des sans-papiers surprend l'administration.

21 août. Le Premier ministre renonce à abroger les lois Pasqua et Debré.

26 août. Les dirigeants du RPR et de l'UDF récusent toute fusion.

28 août. Nicole Notat juge irréalistes les « 35 heures payées 39 ».

29 août. Jean-Marie Le Pen met en place un « gouvernement virtuel ».

30 août. Dominique Voynet préférerait qu'on abroge les lois Pasqua et Debré.

5 septembre. Démission de Christian Blanc, PDG d'Air France.

6 septembre. « La nation doit être une, mais doit pouvoir être divisible », estime François Léotard.

10 septembre. Claude Allègre dénonce l'absentéisme des enseignants.

16 septembre. Dominique Voynet accuse la Cogema d'avoir commis une « faute ».

18 septembre. Mme Demessine, secrétaire d'État (PCF), n'est pas invitée au Salon du tourisme.

20 septembre. Le nom de Jacques Chirac n'est pas prononcé au colloque sur l'avenir de l'opposition.

22 septembre. Jean-Louis Debré : « Après la gauche caviar, on va avoir la gauche pétard. »

27 septembre. Philippe Séguin exclut de « se dresser contre le président de la République ».
28 septembre. Gérard Freulet (FN) remporte l'élection cantonale de Mulhouse.

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Les débuts de la XI^e législature », *RDP*, 1997, p. 663.

– *Mission de réflexion*. Le président Fabius a informé le Bureau, réuni le 24-9, de cette mission confiée à M. Malvy (Lot, 2^e) (S) sur « l'Assemblée nationale et le député du XXI^e siècle » (*BAN*, 4, p. 29).

– *Rôle*. M. Fabius a souhaité, le 2-7 (*Le Monde*, 4-7), que le Palais-Bourbon soit « une maison ouverte aux grands dirigeants européens et aux grands responsables de la planète ».

– *Suppléants*. Les 577 députés se répartissent, selon leur sexe et celui de leur suppléant, comme suit : 514 hommes (441 d'entre eux ont choisi un suppléant masculin et 73 un suppléant féminin) (AN, *Q*, p. 2725 et 3091) et 63 femmes (59 ont un suppléant masculin et 4 un suppléant féminin). Dans cet ordre de considération, il y a lieu de préciser que les suppléants disposent d'une ligne de téléphone et d'une carte d'accès au restaurant de l'Assemblée. Leur compte de campagne est commun avec celui du candidat.

V. *Contentieux électoral. Dissolution. Élections. Groupes. Loi. Majorité. Mandat. Parlement. Parlementaires. Parlementaires en mission.*

AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie*. D. Fontanaud, *La Coopération judiciaire en Europe*, La Documentation française, 1997.

V. *Conseil supérieur de la magistrature. Libertés publiques. Président de la République*.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. J.-F. Lachaume, « La commune », *LGDJ*, 1997 ; A. Haquet, « La tutelle budgétaire exercée par l'État sur les conseils régionaux », *La Gazette des communes*, 14-7 ; J.-Y. Faberon (dir.), *L'Avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 1997 ; J.-L. Bœuf, « Quinze ans de décentralisation », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 787, La Documentation française, 1997.

– *Contrôle de l'État*. M. Siffre (S), maire d'Istres (Bouches-du-Rhône) a été démis d'office de son mandat par le préfet de région, en application de l'article L. 236 du Code électoral, le 7-7, à la suite de sa condamnation pour gestion de fait (*Le Monde*, 11-7).

– *Coopération transfrontalière*. Le décret 97-798 du 22-8 (p. 12717) porte publication de l'accord de Karlsruhe du 23-1-1996 (cette *Chronique*, n° 82, p. 194), relatif à la coopération entre les collectivités territoriales françaises, d'une part, et celles d'Allemagne, du Luxembourg et des cantons suisses de Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, d'Argovie et du Jura, d'autre part (*ibid*., n° 78, p. 180).

COMMISSIONS

– *Affluence*. Le président de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales s'est félicité à l'ouverture du débat sur le projet de loi relatif au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, le 15-9, de « l'étroite collaboration » de l'Assemblée et du gouvernement durant la phase de préparation, et plus particulièrement du travail en commission. M. Claude Bartolone a rappelé que lors de l'audition de M^me^ Aubry, le 3, « plus de 120 députés étaient présents – chiffre historique, il a même fallu rajouter des chaises » (p. 2926).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. F. Mélin-Soucramanien, *Le Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, PUAM, 1997 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le Droit privé*, LGDJ, 1997 ; F. Julien-Laferrière, « Le Conseil constitutionnel et la loi Debré », *AJDA*, 1997, p. 524 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la loi du 24-4-1997 sur l'immigration », *RDP*, 1997, p. 931 ; A. Viala, « Les réserves d'interprétation : un outil de *resserrement* de la contrainte de constitutionnalité », *ibid*., p. 1047 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et les finances publiques », *RFFP*, n° 59, 1997, p. 205 ; *AIJC*, vol. XII, 1996, Économica, PUAM, 1997.

– *Chr. JCP*, 1997, I, p. 4023 ; *PA*, 23-7.

– *Notes*. P.-E. Spitz, sous 96-377 DC, 16-9-1996, *RFDA*, 1997, p. 538 ; R. Ghevontian, sous 20-3-1997, *M^me^ Richard*, *ibid*., p. 697 ; B. Mathieu, sous 96-383 DC, 6-11-1996, *D*, 1996, p. 152.

– *Rec*. 1996.

– *Ancien président*. Roger Frey, qui présida le Conseil de 1974 à 1983, est décédé le 13-9 (*Le Monde*, 15-9). Son mandat coïncida avec la seconde naissance de l'institution.

– *Condition des membres*. Selon la pratique observée (cette *Chronique*, n° 80, p. 154), M. Jean Cabannes a été élevé dans l'ordre national de la Légion d'honneur par un décret du 11-7 (p. 10632).

– *Conférence informelle*. Sur invitation du président Dumas, une conférence réunissant, pour la première fois, des délégations des cours constitutionnelles de l'Union européenne ainsi qu'une délégation de la CJCE, s'est tenue à Paris, les 26 et 27-9. Le thème en a été : « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé ». Une note de synthèse des travaux a été rédigée.

– *Décisions.* V. tableau, page suivante.

– *Procédure*. V. *Parlementaires*.

V. *Contentieux électoral. Irrecevabilité. Loi. Parlementaires. Sénat.*

CONSEIL DES MINISTRES

– *Ordre du jour*. Le chef de l'État a accepté d'en modifier l'ordonnancement, à l'issue de l'entretien avec le Premier ministre, le 16-7, afin de permettre à celui-ci de réfuter l'interprétation présidentielle du « dernier mot » en période de cohabitation (*Le Monde*, 18-7).

V. *Dyarchie.*

– *Périodicité*. Contrairement à la pratique observée, le Conseil a été réuni, le

10-7	Nomination de deux rapporteurs adjoints auprès du CC (p. 10607).
10-7	AN, Réunion, 2e (p. 10606 et 10607). V. *Contentieux électoral.*
10-7	AN, Martinique, 2e (p. 10693), à AN, Réunion, 2e (p. 10710). V. *Contentieux électoral.*
97-11 D, 10-9 (p. 13280)	Déchéance de plein droit de M. Claude Pradille de sa qualité de sénateur. V. *Parlementaires. Sénat*.

20-8 (*Le Monde*, 22-8), après trois semaines d'interruption. Le dernier avait eu lieu le 30-7 (*ibid*., 1er-8).

Conseil supérieur de la magistrature

– *Bibliographie*. A. Martin, « Le CSM et l'indépendance des juges », *RDP*, 1997, p. 741.

V. *Autorité judiciaire. Président de la République*.

Constitution

– *Bibliographie*. *Recueil de textes relatifs aux pouvoirs publics* (services de la séance de l'Assemblée nationale et du Sénat), 7e éd., 1997 ; Actes du colloque des 16 et 17-9-1993, *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français ?*, Presses universitaires de Dijon, 1997.

Contentieux électoral

– *Bibliographie*. J.-C. Bonichot, « Le contrôle des actes préparatoires en matière d'élections législatives », concl. sur CE, 23-4-1997, *Mme Richard*, *RFDA*, 1997, p. 692 ; R. Ghevontian, observations sous CC, 20-3-1997, *Mme Richard*, et CE, 23-4-1997, *Mme Richard*, *ibid.* p. 697 (v. cette *Chronique*, n° 82, p. 201) ; J.-C. Bonichot, « L'incidence des campagnes de promotion publicitaires sur les résultats des élections municipales », *ibid*., p. 701.

– *Élections des députés*. Saisi au total de 170 requêtes visant les élections des 25-5 et 1er-6 dans 129 circonscriptions, le CC a rendu 50 décisions concernant 46 circonscriptions, le 10-7 (p. 10693). Outre les désistements, dont il est pris acte, ces décisions rejettent des requêtes tardives ou prématurées (en ce qu'elles ne concernent que les résultats du 1er tour), des requêtes visant les résultats d'une commune particulière, invoquant des griefs insuffisamment précis ou erronés, émanant de personnes n'ayant pas qualité (ni candidat ni inscrit dans la circonscription), contestant la constitutionnalité de l'art. L. 155 du Code électoral, demandant des rectifications ou des dommages et intérêts. A titre anecdotique, on mentionnera celle de M. Bidalou, qui « se borne à des allégations d'ordre général » (Yvelines, 5e), et

le mémoire en défense de M. Crépeau, « tendant au versement de dommages et intérêts pour procédure abusive » : « de telles conclusions ne ressortissent pas à la compétence du Conseil constitutionnel », constate la décision (Charente-Maritime, 1re).

– *Inéligibilité*. Saisi par la commission nationale des comptes de campagne au titre de l'art. LO 136-1 du Code électoral, le CC a déclaré inéligibles deux candidats à l'AN (non-dépôt des comptes de campagne et dons en espèces), le 10-7 (p. 10606).

Cour des comptes

– *Bibliographie*. « La Cour des comptes et le Parlement », *RFFP*, nº 59, 1997.

– *Organisation et déontologie.* Deux chambres de la Cour des comptes seront chargées des finances sociales (*BQ*, 4-9). Cette réorganisation, qui est liée aux missions confiées à la Cour en matière sociale, notamment par la LC du 22-2-1996 sur les lois de financement de la sécurité sociale, est aussi en rapport avec la nomination à la présidence de la 5e chambre, chargée des affaires sociales, de M. Jean Marmot, ancien secrétaire général de la commission des comptes de la sécurité sociale, par le gouvernement Juppé, bien qu'il ne figurât pas parmi les candidats proposés par le premier président. M. Joxe avait déploré lors de la séance d'installation la « remise en cause inopinée » des usages, et, pour éviter que le président de la 5e chambre n'ait à contrôler les comptes qu'il avait lui-même présentés, la sécurité sociale a été attribuée à la 6e chambre (*Le Monde*, 5-9).

V. *Loi de financement de la sécurité sociale. Parlement*.

Dissolution

– *Bibliographie*. « Neuf constitutionnalistes répondent à trois questions concernant les élections législatives de 1997 », *RDP*, 1997, p. 607 ; R. Ferretti, « La dissolution sous la Ve », *PA*, 2-7 ; *Histoire secrète de la dissolution* (le service politique de *Libération*), Plon, 1997.

V. *Assemblée nationale.*

Droit communautaire

– *Bibliographie*. « Les finances de l'Europe. Bilan et perspectives », *PA*, 17-9.

Droit constitutionnel

– *Bibliographie*. P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 9e éd., 1997 ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel et Science politique*, Armand Colin, 15e éd., 1997 ; J. Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, 15e éd., 1997 ; P. Pactet, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Armand Colin, 16e éd., 1997 ; *Annales du droit 1997 : droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, 1997.

Dyarchie

– *Bibliographie*. J.-Cl. Casanova, « Parler d'une seule voix ? », *Le Figaro*, 9-7.

– *Esprit de la cohabitation*. Le 3-7, le Premier ministre a souhaité, sur

France 2, « une pratique de la cohabitation sereine et dans l'intérêt de la France » (*Le Monde*, 5-7). De son côté, le chef de l'État a rappelé au Conseil des ministres du 16 « son souhait d'une cohabitation constructive », mais, selon le porte-parole de l'Élysée, « dans cet esprit, le président dira toujours aux Français, quand il le juge utile, ce qu'il pense des grandes questions qui intéressent l'avenir de la France » (*ibid.*, 18-7). Tout en répétant que la cohabitation « se déroule dans le respect des rôles de chacun et dans un climat de cordiale courtoisie » (*ibid*., 16-9), M. Jospin a précisé le 29-9 sur TF1 : « Ma fonction, c'est de gouverner. Ce n'est pas d'échanger des propos avec le président de la République, sauf dans le cadre des entretiens que nous pouvons avoir. » S'il ne conteste pas le « droit de s'exprimer » de M. Chirac, le Premier ministre a prévenu : « Lorsque le gouvernement, dans tel ou tel champ ministériel, estimera que telle ou telle remarque n'est pas fondée ou en tout cas mérite une réponse, ces réponses seront faites » (*ibid*., 1er-10).

I. Dans l'ordre *interne*. Le chef de l'État a déclaré, le 14-7 : « La Constitution prévoit des choses et ces choses donnent, notamment, une prééminence, et je dirais, donnent un peu le dernier mot au président de la République », précisant qu'il y a « quelques domaines essentiels où le rôle du président s'impose comme gardien dans le domaine de la vigilance ». Il a alors énuméré quatre domaines :

– « Tout ce qui touche à la place de la France dans le monde, c'est-à-dire, non seulement naturellement son rang, non seulement sa sécurité et sa défense, et la défense de ses intérêts, mais aussi ses parts de marché […].»

– « Tout ce qui concerne l'acquis européen […]. »

– « Tout ce qui touche à la modernisation […], et notamment dans le domaine de l'enseignement, de la recherche, et tout ce qui tient à la mise en œuvre des hautes technologies […].»

– « Tout ce qui touche à l'équilibre de notre société ; sa protection sociale, ses acquis sociaux, sa cohésion sociale, tout ce qui touche à la solidarité. »

« Sur tous ces points-là, a conclu M. Chirac, le président de la République, selon moi, doit être extrêmement vigilant pour s'assurer que rien n'est fait qui puisse mettre en cause ces grands principes. »

Le Premier ministre a procédé à une mise au point lors du Conseil des ministres du 16, rappelant, selon le porte-parole du gouvernement, « les prérogatives qui incombent, en vertu des articles de la Constitution, respectivement au président de la République et au Premier ministre. Il a marqué nettement la responsabilité institutionnelle et politique que lui confèrent à la lettre ces dispositions ». Faisant référence aux propos présidentiels, M. Jospin aurait notamment déclaré : « Il n'y a pas de domaine de la politique française où le président de la République aurait le dernier mot. »

A ce même Conseil des ministres, il a été mis fin aux fonctions de M. Jean-Charles Marchiani, préfet du Var, proche de M. Pasqua.

Au Conseil du 20-8, le chef de l'État a commenté le projet sur l'emploi des jeunes, en observant qu'on ne « peut qu'en approuver l'inspiration ». Mais, a-t-il ajouté, « il ne faudrait pas, cependant, que la mise en œuvre de ce dispositif se traduise par une création massive d'emplois publics permanents. C'est

l'emploi privé qu'il convient de favoriser pour faire reculer le chômage » (*Le Monde*, 21-8). M. Chirac est revenu sur la question à Troyes, le 22-9 : c'est « l'emploi privé qu'il convient de développer pour faire reculer le chômage. Tout le reste est fallacieux » (*ibid.*, 24-9). Au Conseil des ministres du 24, le chef de l'État s'est « félicité que le projet de loi de finances s'inscrive dans l'objectif des 3 % de déficit pour être au rendez-vous de la monnaie unique », mais il s'est « inquiété de certaines mesures » concernant la famille, « élément essentiel de la cohésion sociale », et il a « souhaité que le gouvernement apprécie bien les conséquences que pourraient avoir de nouvelles décisions susceptibles d'aggraver la situation des familles » (*ibid.*, 26-9).

II. Dans l'ordre *externe*. « Les autorités françaises », selon l'expression désormais consacrée pour englober les cohabitants, ont estimé qu'en l'état les conditions n'étaient pas réunies, pour la France, de rejoindre la structure militaire de l'OTAN. Le chef de l'État, accompagné des ministres des Affaires étrangères et de la Défense, devait l'affirmer au sommet de l'organisation, réuni à Madrid le 8-7 (*Le Monde*, 10-7) (cette *Chronique*, nº 83, p. 189). Devant les ambassadeurs, à Paris, à l'occasion de leur conférence annuelle, MM. Chirac et Jospin devaient tenir, les 27 et 29-8, un même langage (*Le Monde*, 29 et 30-8), tant il est avéré qu'à ce jour, selon l'appréciation de M. Védrine, « il n'y a pas un seul sujet sur lequel il ait été difficile de faire converger les vues du président et du gouvernement » (entretien au *Monde*, 29-8).

Quant à la défense, le chef de l'État a déclaré, le 13-7, à l'occasion de la réception offerte par le ministre de la Défense : « En tant que chef des armées, je veillerai à ce que nos forces continuent à disposer des ressources nécessaires tant à leur rénovation qu'au maintien de leurs capacités et de leur entraînement » (*ibid.*, 15-7). Ce qu'il fera, du reste, au Conseil des ministres du 24-9, consacré à l'adoption du projet de loi de finances pour 1998. A l'annonce de la baisse des crédits d'équipement militaire, il a adressé une « mise en garde » au gouvernement, en lui demandant que les réductions « revêtent un caractère exceptionnel » et de ne pas remettre en cause les « trois piliers » de la réforme de la défense (*ibid.*, 26-9). Lors de sa visite à Moscou, le 25-9, le président de la République a annoncé le « déciblage » des têtes nucléaires françaises (*ibid.*).

De son côté, M. Jospin a revendiqué sa responsabilité constitutionnelle : « En tant que Premier ministre et, à ce titre, responsable de la défense nationale, il m'appartient de veiller à la satisfaction des besoins des armées », devait-il affirmer, le 4-9, à l'IHEDN. Il a ajouté : « Le président de la République a engagé en 1996 la professionnalisation complète des armées. Le gouvernement a pris en compte les grandes orientations stratégiques qui ont présidé à ce choix » (*Le Monde*, 5-9). Le chef du gouvernement s'est rendu, ensuite, au camp de Canjuers (Var), le 15-9, dans le cadre de la présentation de l'armée de terre : « J'entends veiller aux conditions d'engagement de nos unités sur des théâtres extérieurs […]. La décision de recourir à la force, précisera-t-il, ne saurait être aventurée. Elle relève des plus hautes autorités de l'État, du président de la République et du gouvernement » (*ibid.*, 17-9). Cohabitation rime avec codécision, tout bien considéré.

Dans le même ordre d'idées, un conseil économique de la défense a été

créé auprès du ministre de la Défense (arrêté du 26-8, p. 12862). Il comprend 15 membres au maximum dont 8 de droit ; le chef d'état-major des armées, entre autres.

III. Leçon de *cohabitation*. Interrogé, le 24-9, par une chaîne de télévision russe, à la veille de sa visite à Moscou, le chef de l'État a estimé que le ralentissement des privatisations en France était « une erreur […] l'État n'a pas de vocation à gérer des affaires qui travaillent sur le marché […]. Il faut aller vers la privatisation de tout ce qui est commercial, tout ce qui relève du marché » (*Le Monde*, 27-9). Le Premier ministre devait lui répliquer sur TF1, le 29-9 : « J'ai été formé aux questions internationales […] aux côtés de François Mitterrand. Une des premières choses qu'il m'avait dites quand je l'accompagnais dans ces voyages […] c'était : il ne faut jamais parler de politique intérieure française, et encore moins critiquer son gouvernement, depuis l'étranger. C'est une règle que j'ai toujours respectée depuis » (*ibid*., 1er-10). On se souvient que cette règle avait été transgressée, au cours de la première cohabitation, par le Premier ministre, M. Chirac, à Madrid, en mars 1987 (cette *Chronique*, nº 42, p. 176).

Cela précisé, M. Chirac a néanmoins déclaré à ses interlocuteurs russes, le 26-9 : « Je puis vous garantir que vous aurez avec l'actuel Premier ministre français des relations aussi confiantes qu'avec son prédécesseur » (*Le Monde*, 28/29-9). La France parle donc bien d'une *seule voix* !

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République*.

Élections législatives

– *Bibliographie*. CSA, « Rapport sur les élections législatives de 1997 et propositions de réforme », 1997 ; « Neuf constitutionnalistes répondent à trois questions… », art. cit. ; A. Lancelot, « Rappel historique sur les élections législatives en France », *Commentaire*, nº 79, 1997, p. 669 ; H. Portelli, « Élections législatives des 25-5/1er-6-1997 : un séisme politique », *Regards sur l'actualité*, nº 232, juin 1997 ; P. Perrineau, J. Chiche, J. Jaffré, N. Mayer et J. Mossuz-Lavau, « Coups de projecteurs sur les élections législatives de mai-juin 1997 », *RFSP*, vol. 47, nº 3-4, juin-août 1997, p. 405.

V. *Assemblée nationale. Contentieux électoral.*

Élections sénatoriales

– *Élections partielles*. Quatre élections ont été organisées les 7 et 21-9 : au premier cas, M. Dérian (C) a été proclamé élu dans les Côtes-d'Armor (p. 13167) ; au second, MM. Arthuis (UC), Barnier (RPR) et Raffarin (RI) l'ont été respectivement en Mayenne, Savoie et Vienne (p. 13813).

V. *Sénat*.

Gouvernement

– *Bibliographie*. R. Rivais, « Lionel Jospin a renoncé à limiter les effectifs des cabinets ministériels », *Le Monde*, 20-8.

– « *Réunion de ministres* ». La pratique sémantique est désormais fixée en ces termes (cette *Chronique*, nº 83, p. 194).

Cette réunion se tient selon le rythme d'une fois toutes les deux semaines, en alternance avec les ministres délégués et le secrétaire d'État au Budget. Les secrétaires d'État y sont conviés toutes les quatre semaines, selon des informations puisées à bonne source.

La préparation du projet de loi de finances pour 1998 a été à l'ordre du jour de cinq réunions, respectivement les 9, 17, 24 et 29-7 et le 4-9. Le projet de loi Aubry sur les nouveaux emplois a été discuté le 21-8, ainsi que les conclusions du rapport Weil sur les étrangers (*Le Monde*, 23-8). La réunion du 4-9 a été consacrée aussi à ce dernier objet (*ibid*., 6-9). Les secrétaires d'État ont été présents les 17-7, 21-8 et 4-9.

– *Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne*. Logique de situation cohabitationniste (cette *Chronique*, nº 66, p. 198). M. Jean Vidal a été nommé à la tête du SGCI, par le décret du 18-9 (p. 13800), en remplacement de M. Cadet (cette *Chronique*, nos 66 et 74, p. 189 et 213).

V. *Dyarchie. Ministre. Président de la République*.

Groupes

– *Bibliographie*. L. Fondraz, *Les Groupes parlementaires au Sénat sous la Ve République*, thèse, Paris-I, 1997.

– *Présidence*. M. Séguin ayant été élu président du RPR, le 6-7, Jean-Louis Debré a été désigné pour lui succéder à la tête du groupe, le 16-9, au second tour, par 81 voix contre 57 pour Franck Borotra (*Le Monde*, 18-9).

Habilitation législative

– *Bibliographie*. « Le contrôle juridictionnel des ordonnances », *RFDA*, 1997, p. 450.

V. *Loi*.

Immunités parlementaires

– *Inviolabilité*. M. Pasqua, sénateur RPR des Hauts-de-Seine, n'a pas déféré, le 17-7 (*Le Monde*, 20/21-7), à une convocation du juge Halphen. Il s'est borné à l'envoi d'une lettre. On peut penser raisonnablement que le précédent Charasse (cette *Chronique*, nº 82, p. 202) n'a pas été étranger à son attitude. Du reste, à l'occasion d'une nouvelle convocation à laquelle il n'a pas donné suite, le 18-9 (*Le Monde*, 20-9), M. Pasqua a invoqué, par écrit, le principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que celui des autorités administratives et judiciaires (art. 13 de la loi des 16 et 24-8-1790).

Quant à M. Charasse, il a été condamné, le 11-9 (*Le Monde*, 13-9), à une amende de 10 000 F par le juge d'instruction pour avoir refusé d'être entendu en qualité de témoin (art. 109 du Code de procédure pénale). Il a demandé réparation au garde des Sceaux pour le préjudice causé (*Le Monde*, 18-9), tout en se réservant la possibilité d'user des voies de droit.

Irrecevabilité

– *Bibliographie*. E. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958 – Initiative législative et constitution*, Économica, PUAM, 1997.

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie*. F. Sudre, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, « Que sais-je ? », nº 3269, 1997 ; X. Prétot, « L'autorité judiciaire est-elle encore la gardienne de la liberté individuelle ? », *RDP*, 1997, p. 667 ; P. Cassia et E. Saulnier, « Le Conseil d'État et la CEDH », *AJDA*, 1997, p. 411 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, « La reconnaissance et l'utilisation des PFRLR par le juge (à propos de l'arrêt Koné) », *D*, 1997, p. 219 ; A. Werner, « Le CE et l'école : démocrate ou républicain ? », *PA*, 18-8.

– *Concl*. J. Arrighi de Casanova, sous TC, 12-5-1997, Préfet de police de Paris c. TGI de Paris (police des étrangers, cette *Chronique*, nº 83, p. 185), *RFDA*, 1997, p. 514 ; R. Abraham, sous CE, 23-4-1997, GISTI (convention de New York relative aux droits des enfants et droit interne), *ibid*., p. 585.

– *Atteinte à l'intimité de la vie privée*. La Cour de cassation a rejeté, le 16-7, le pourvoi de l'éditeur du Dr Gubler, auteur du *Grand Secret* (*Le Monde*, 18-7) : la publication d'informations relatives à la santé de l'ancien président constitue une « violation manifeste du secret médical » à l'origine d'un « trouble manifestement illicite » justifiant la saisie de l'ouvrage (cette *Chronique*, nº 78, p. 189).

– *Égalité des sexes*. Pour la première fois, une femme a été nommée directeur général du CNRS, en la personne de Mme Catherine Bréchignac (décret du 18-7, p. 10975).

– *Informatique et liberté*. Le rapport annuel de la CNIL s'inquiète des dangers sur la vie privée résultant du réseau Internet. Elle souhaite trouver les moyens d'éviter que la combinaison des traces informatiques participe « à l'édification d'une société de surveillance » (*Le Monde*, 4-7). Le rapport fait état, par ailleurs, d'une délibération du 19-11-1996, relative à un fichier sur les violences urbaines autorisant les renseignements généraux à viser la couleur de la peau (*ibid*., 8-7). Une étude approfondie a été demandée par le ministère de l'Intérieur sur ce point (*ibid*., 10-7).

– *Laïcité*. En saluant le pape, lors de son séjour à Paris, M. Jospin s'est prononcé, le 24-8, en faveur de « la conception française de la laïcité, respectueuse de la liberté religieuse, expression de la liberté de conscience » (*Le Monde*, 26-8).

– *Liberté d'aller et venir*. Par arrêt du 29-7, le Conseil d'État a suspendu l'arrêté municipal de Sorgues (Vaucluse) interdisant aux mineurs de circuler seuls la nuit, au motif qu'il « met en cause l'exercice de libertés publiques et individuelles » (*Le Monde*, 31-7).

– *Liberté d'association*. Il existe actuellement 1 983 associations reconnues d'utilité publique, dont 3 en 1997 et 245 au cours des vingt dernières années (AN, *Q*, p. 2537).

– *Liberté de croyance*. La cour d'appel de Lyon a admis, par arrêt rendu le 28-7, « que l'Église de scientologie pouvait revendiquer le titre de religion et développer en toute liberté, dans le cadre des lois existantes, ses activités, y compris ses activités missionnaires, voire de prosélytisme », considérant que la liberté de

croyance est « un des éléments fondamentaux des libertés publiques » (art. 10 de la Déclaration de 1789) ; au surplus, la liberté de conscience est proclamée tant par la loi de séparation des Églises et de l'État de 1905 (art. 1er) que par la CEDH (art. 9) (*Le Monde*, 30-7).

Conformément au droit local alsacien-mosellan, le TA de Strasbourg, par un jugement du 10-9 (*ibid*., 25-9), a estimé que l'association cultuelle des Témoins de Jéhovah pouvait prétendre bénéficier des mêmes avantages fiscaux que les cultes reconnus (art. 1382-4 du Code général des impôts).

– *Présomption d'innocence*. Le juge des référés du TGI de Paris a condamné, le 25-8, *France-Soir* pour avoir méconnu ladite présomption à l'égard de M. Maurice Papon (*Le Monde*, 28-7) (cette *Chronique*, nº 83, p. 196).

– *Respect de l'intimité de la vie privée*. M. Mandelkern, conseiller d'État, a été nommé, par un décret du 13-9 (p. 13445), président de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, à compter du 1er-10.

– *Secret des communications téléphoniques*. De manière inédite, semble-t-il, le tribunal d'instance de Lyon a condamné, le 4-9, France Télécom à verser des dommages et intérêts à un couple d'abonnés victimes d'une écoute illégale (*Libération*, 5-9).

Loi

– *Bibliographie*. J. Tremeau, *La Réserve de loi. Compétence législative et constitution*, Économica, PUAM, 1997 ; J.-P. Camby, « La procédure législative en France », *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, documents d'études 1.12, La Documentation française, 1997.

– *Légiférer autrement ?* « Il ne suffit pas de voter des lois, a opiné le président Fabius, il faut surtout les appliquer et, périodiquement, les évaluer » (*Libération*, 23-9).

Loi de finances

– *Décret d'avance*. A la différence des précédents gouvernements d'alternance, qui avaient remis en cause les choix budgétaires de leurs prédécesseurs par une loi de finances rectificative (laquelle eût exigé une session extraordinaire en juillet), le Premier ministre a choisi la procédure du décret d'avance pour l'exécution des premières mesures annoncées dans sa déclaration de politique générale du 19-6 (*Le Monde,* 10-7). En application de l'article 11-2º de l'ord. du 2-1-1959, le décret 97-755 du 9-7 (p.10456) porte ouverture desdits crédits en matière éducative et sociale. Ceux-ci seront soumis à la ratification du Parlement.

Loi de financement de la sécurité sociale

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Les relations entre le Parlement et la Cour des comptes à propos des lois de financement de la sécurité sociale », *RFFP*, nº 59, 1997, p. 73. ; J. Driol, « L'apport de la révision constitutionnelle », *ibid*., p. 81 ; X. Prétot, « La portée de la loi de financement de la sécurité sociale », p. 85.

V. *Cour des comptes. Parlement*.

MAJORITÉ

– *Majorité plurielle*. S'adressant le 1er-7 aux députés socialistes, le Premier ministre leur a déclaré : « Nous sommes désormais l'axe central d'une majorité nouvelle […] nous sommes le parti […] majoritaire dans la majorité. Cette majorité est plurielle », et il a ajouté que la préparation des textes prioritaires « est la clé de notre succès. Je dis "notre", non seulement parce que vous êtes la majorité qui a approuvé mon programme et soutient mon action, mais parce que vous serez étroitement associés – par les commissions parlementaires et par les groupes de travail – à cette préparation. Vous êtes là pour participer au travail gouvernemental […] mais vous êtes aussi – surtout – là pour soutenir le gouvernement » (*Le Monde* 2-7).

– *Solidarité.* « La solidarité sans la délibération, c'est la contrainte », a déclaré le Premier ministre aux parlementaires communistes, « mais la délibération sans la solidarité, c'est l'inefficacité ».

V. *Premier ministre.*

MANDAT

– *Cumul*. Interrogé le 14-7, le chef de l'État s'est déclaré favorable à une limitation du cumul annoncée par le Premier ministre dans sa déclaration du 19-6, « et même à une restriction à un seul mandat » (*Le Figaro*, 15-7).

– *Mandat impératif*. Le Premier ministre a déclaré aux journées parlementaires de Montpellier, le 10-9 : « Dépositaires de la volonté du peuple français, vous devez désormais en être les interprètes. Avec fidélité, indiscutablement, mais sans verser dans un quelconque mythe du mandat impératif » (*Le Monde*, 12-9). M. Jospin justifiait l'ouverture du capital de France Télécom et faisait sans doute allusion aux polémiques invoquant le programme du PS.

V. *Majorité. Partis politiques.*

MINISTRE

– *Bibliographie*. O. Beaud, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé », *RDP*, 1997, p. 995.

– *Ancien ministre*. M. Xavier Emmanuelli, ancien secrétaire d'État à l'action humanitaire du gouvernement Juppé, a été nommé par décret du 29-8 (p. 12789) président du haut comité pour le logement des personnes défavorisées. Mme Élisabeth Hubert, qui fut ministre de la Santé en 1995, est entrée au laboratoire Fournier, le 2-9 (*Le Monde*, 4-9). A cet égard, ne conviendrait-il pas d'imposer, à l'avenir, aux anciens ministres un délai minimal avant de se mettre au service d'intérêts privés relevant naguère de leur autorité ?

– *Condition*. Après M. Zuccarelli, à Bastia, le 26-7 (*Le Monde*, 29-7), M. Gayssot a renoncé (cette *Chronique*, nº 83, p. 192) au mandat de maire du Raincy (Seine-Saint-Denis), le 19-9 (*Le Monde*, 19-9). En revanche, le cas de Mme Aubry, maire-ajoint de Lille, se pose.

– *Délit d'opinion ?* Mme Demessine (C), secrétaire d'État au Tourisme, n'a pas été invitée initialement, en raison de son appartenance politique, à inaugurer le Salon du tourisme (*Le Monde*, 19-9).

– *Mise en examen*. Mme Élisabeth Guigou, garde des Sceaux, ministre de la Justice, a été mise en examen pour diffamation envers Mme Xavière Tiberi, le 21-8 (*Le Monde*, 4-9). Lors d'une émission « 7 sur 7 » à TF1, en mars, Mme Guigou avait critiqué le rapport rédigé par celle-ci pour le conseil général de l'Essonne. Le dépôt d'une plainte entraîne quasi automatiquement la mise en examen.

– *Solidarité*. Mme Dominique Voynet a exprimé son « malaise », le 10-9, sur France Inter, à propos de l'ouverture du capital de France Télécom (*Le Monde*, 12-9). Elle a manifesté son désaccord avec M. Gayssot, le 7-9, sur l'extension de l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle (*ibid*., 16-9), tout en faisant remarquer qu'elle n'était qu'un « vingt-septième du gouvernement » (*ibid*., 9-9). A la convention du PS, réunie à Paris, le 27-9, Mme Martine Aubry et M. Dominique Strauss-Kahn ont manifesté un désaccord à propos de la méthode destinée à atteindre l'objectif des 35 heures de travail hebdomadaire (*ibid*., 28/29-9).

V. *Gouvernement. Immunités parlementaires*.

Opposition

– *Division*. Le projet de loi relatif au développement d'activités pour l'emploi des jeunes a été adopté, le 17-9 (p. 3151), par 303 voix (232 S ; 35 C ; 33 RCV ; 1 RPR, J.-L. Warsmann ; et 2 UDF, A. Ferry et J.-P. Soisson) contre 166 (81 RPR ; 84 UDF ; 1 NI), et 38 abstentions (18 RPR, dont N. Catala, P. Devedjian, P. Mazeaud et R. Pandraud ; 19 UDF, dont R. Barre, H. de Charette, et G. de Robien ; et 1 NI).

– *« Implication » du président*. Dans son intervention du 14-7, M. Chirac avait souhaité que « les familles de l'opposition républicaines tirent un certain nombre de conséquences […]. Rien de fondamental ne les sépare », et il avait ajouté que l'opposition doit « donner une priorité dans son action, dans son ambition, à renforcer les forces centripètes » (*Le Figaro*, 15-7). A l'occasion de sa visite à Andorre, le chef de l'État a rencontré les responsables locaux du RPR et de l'UDF à Perpignan le 15-9, à Toulouse le 16, et les dirigeants nationaux de ces deux partis se sont étonnés de cette « implication ouverte » dans la recomposition de l'opposition (*ibid.*, 17-9).

Ordre du jour

– *Bibliographie.* J.-É. Gicquel, « L'ordre du jour réservé aux assemblées parlementaires », *PA*, nº 81, 7-7.

– *Proposition de loi.* L'ordre du jour de la session extraordinaire comporte la proposition de loi sénatoriale relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, issue des travaux du groupe d'étude et inscrite le 24-9.

– *Retour aux séances de nuit*. Le dernier alinéa de l'art. 28 C renvoie aux règlements des assemblées la détermination des jours et des horaires de séance dans la limite du plafond des 120 jours, mais l'art. 50, al. 2 RAN prévoit que d'autres séances peuvent être décidées et qu'elles

sont de droit à la demande du gouvernement (cette *Chronique*, nº 77, p. 256). L'al. 4 disposant d'autre part que la séance ne peut se prolonger au-delà de 20 heures sans décision de l'Assemblée, MM. Pandraud et Mazeaud (RPR) ont protesté à l'ouverture de la session extraordinaire, le 15-9, contre les séances de nuit décidées par l'ordre du jour sans que l'Assemblée se soit prononcée. Le président Fabius répondit qu'il s'agissait de l'application de l'al. 2 et que la demande du gouvernement était de droit (p. 2916). Par la suite, M. Mazeaud, qui présidait, se rallia à cette interprétation en réponse à un nouveau rappel au règlement de M. Pandraud (p. 2965). Toutefois, la rédaction de l'al. 2, qui fait référence à la limite des 120 jours, ne vise logiquement que la tenue de séances en dehors des trois jours hebdomadaires prévus par le Règlement, sans affecter les horaires fixés par l'al. 4. L'interprétation retenue achève donc de neutraliser le dernier alinéa de l'art. 28 C, qui renvoie la détermination des jours et des horaires de séance aux règlements des assemblées : le gouvernement recouvre la maîtrise intégrale que lui avait retirée la LC du 4-8-1995 et on est revenu au *statu quo ante.*

Parlement

– *Bibliographie*. G. Carcassonne, « Les relations de la Cour [des comptes] et du Parlement : ambiguïtés et difficultés », *RFFP*, nº 59, 1997, p. 131.

– *Rôle du président.* « J'entends m'exprimer avec le recul qui convient, sans être le muet du sérail », a indiqué M. Fabius, le 2-7. En période de cohabitation, « c'est une fonction utile », devait-il ajouter (*Le Monde*, 4-7). Au demeurant, son cabinet a été constitué moins par référence aux compétences de l'Assemblée qu'à celles du Premier ministre (*Le Petit Bulletin quotidien*, p. 39).

V. *Assemblée nationale. Loi. Loi de finances. Loi de financement de la sécurité sociale. Parlementaires. Parlementaires en mission. Mandat. Sénat*.

Parlementaires

– *Déchéance*. Condamné par la cour d'appel de Lyon (cette *Chronique*, nº 82, p. 202), le sénateur socialiste du Gard Claude Pradille s'est désisté du pourvoi qu'il avait formé, et acte lui en a été donné par ordonnance du président de la chambre criminelle, le 3-4. Il a fallu attendre le 16-7 pour que le garde des Sceaux saisisse le CC, lequel a prononcé la déchéance par la décision 97-11 D du10-9 (p. 13280) : le détour par la place Vendôme allonge le chemin qui va de l'île de la Cité au Palais-Royal !

Parlementaires en mission

– *Nominations*. Les premières de la XI^e^ législature (cette *Chronique*, nº 82, p. 212), concernant 6 députés. Il s'agit respectivement de MM. Delebarre (Nord, 13^e^) (S) auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (décret du 22-7, p. 11176) ; Le Roux (Seine-Saint-Denis, 1^re^) (S) chez M^me^ Aubry et M. Chevènement (décret du 23-7, p. 11080) ; Vila (Pyrénées-Orientales, 1^re^) (C) aux côtés de M^mes^ Aubry et Demessine (*ibid.*) ; Hascoët (Nord, 7^e^) (RCV) chez M^mes^ Aubry et Voynet (*ibid.*) ; et Baert (Nord, 8^e^) (S) auprès du secrétaire d'État aux PME

(décret du 20-8, p. 12380). M. Malvy (Lot, 2e) (S) a été nommé en cette qualité auprès du ministre de la Culture et de la Communication par un décret du 26-9 (p. 14063). L'objet de la mission mériterait de figurer dans le décret de nomination, à toutes fins utiles.

V. *Assemblée nationale*.

PARTIS POLITIQUES

– *Message présidentiel*. « Président de tous les Français », le chef de l'État a ajouté à l'adresse des assises nationales du RPR, le 6-7, « mais c'est auprès de vous que j'ai souvent puisé l'énergie nécessaire à l'accomplissement de ma tâche » (*Le Monde*, 8-7).

– *« Pas de spectateurs grognons »*. S'adressant au conseil national du PS, le 5-7, le Premier ministre a déclaré : « Nous attendons de vous au gouvernement un soutien lucide mais réel, sans complaisance, mais aussi sans arrière-pensées. Si, face à la droite, si, dans une majorité plurielle, ce sont de nos rangs que fusent les premières critiques, alors, comment convaincre ? Je ne souhaite pas de spectateurs grognons de l'action conduite par le gouvernement mais des responsables politiques associés » (*Le Monde*, 8-7).

V. *Majorité. Mandat. Opposition. République.*

PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie*. G. Courtois, « Lionel Jospin, l'homme que l'on n'attendait pas », *Le Monde*, 4-7 ; P. Jarreau, « Lionel Jospin, ou l'art d'imposer sa différence », *ibid*., 9-9.

– *Conseil d'analyse économique*. Le décret 97-766 du 22-7 (p. 11011) crée ce conseil auprès du Premier ministre, « ayant pour mission d'éclairer, par la confrontation des points de vue et des analyses, les choix du gouvernement en matière économique » (art. 1er). Le conseil examine, par ailleurs, « les questions qui lui sont soumises par le Premier ministre » (*ibid.*). Il est composé de personnalités et de membres de droit. Mme Hélène de Largentaye en a été nommée secrétaire générale (arrêté du 23-7, p. 11081).

– *Méthode*. Sur RTL, le 25-7, M. Jospin a évoqué sa méthode « 3 D » : « délibération, dialogue, décision » (*Le Monde*, 26-7), qu'il a développée à l'université d'été du PS, le 31-8, en exposant le « réalisme de gauche » : « Ce n'est pas pour moi un minimalisme, ni l'absence de volontarisme. C'est une volonté politique inscrite dans le réel » (*ibid*., 2-9). Interrogé sur les inconvénients de sa majorité « plurielle », il a répondu : « Mais la société elle-même est plurielle ! Alors, elle me plaît, la diversité de mon gouvernement ! L'échange des idées a lieu, le travail est collectif, chacun peut s'exprimer et est sûr d'être écouté et respecté. C'est pourquoi, quand les convergences s'opèrent, elles ne sont pas artificielles. »

– *Politique d'abord.* Inversant en quelque sorte la formule de F. Mitterrand en 1981 sur la majorité politique et la majorité sociologique, le Premier ministre a déclaré aux parlementaires socialistes à Montpellier, le 10-9 : « Les Français ne veulent sûrement pas que le

gouvernement ignore les données économiques, mais je crois qu'ils sont satisfaits de voir que le pouvoir politique ne s'identifie plus au pouvoir économique. Je suis persuadé que les Français attendent que l'on restitue à la politique la valeur cardinale qui est la sienne. Je ne suis pas loin de penser qu'une des raisons du retour de la confiance, qui s'esquisse dans le pays, tient précisément à cette réhabilitation de la politique que nous avons engagée pour la mettre au cœur de la démocratie » (*Le Monde*, 12-9).

V. *Dyarchie. Gouvernement. Majorité. Ministre. Président de la République*.

Président de la République

– *Bibliographie*. N. Merlay, « Le chef de l'État et l'autorité judiciaire sous la Ve République », *RDP*, 1997, p. 701 ; G. Bresson, « L'Élysée, maison en retraite », *Libération*, 10-9 ; A. Fulda, « Le président et la tactique du temps maîtrisé », *Le Figaro*, 9-7 ; M. Guénaire, « A la recherche du prince », *Le Monde*, 21-8 ; O. Passelecq, « Le quinquennat : réforme nécessaire ou risque inutile ? », *PA*, 26-9 ; P. Robert-Diard, « Le théâtre d'ombres de l'Élysée », *Le Monde*, 21/22-9.

– *Collaborateurs*. Par arrêté du 12-7, M. Toubon, ancien député et ancien ministre, a été nommé conseiller auprès du président de la République, Mme Christine Albanel conseiller pour l'éducation et la culture, Mme Agathe Sanson chef du service de presse (p. 10668). Outre les nominations à l'état-major du chef de l'État (*ibid.* et p. 12674 et 13178 : le colonel de gendarmerie Robert Pigeyre est nommé commandant militaire de la présidence), M. Olivier Escappé redevient conseiller technique après une éclipse pendant la campagne, M. Jérôme Peyrat est nommé chargé de mission, ainsi que M. Jean-Louis Fargeas, qui était officieux, et M. Béchir Mana, ancien chef de cabinet du ministre de l'Intérieur. Le nouvel organigramme de la présidence confirme le maintien de M. Dominique de Villepin au secrétariat général (*Bulletin quotidien*, 4-9).

– *Communication*. La présidence de la République est connectée au réseau Internet depuis le 14-7 (*Le Monde*, 16-7).

– *Conseil de défense*. Le chef de l'État a réuni ce conseil, le 24-7 (*Le Monde*, 25-7).

– *Déplacements*. Après avoir séjourné à l'occasion des vacances à la Réunion, puis à l'étranger, à l'île Maurice entre le 15 et 19-8, à l'opposé de la pratique observée (cette *Chronique*, n° 80, p. 170), M. Chirac, en sa qualité de coprince, s'est rendu en Andorre les 15 et 16-9 (*Le Monde*, 17 et 18-9). Il a saisi cette opportunité pour rencontrer à Perpignan et à Toulouse des représentants de l'opposition. Dans les mêmes conditions, il a effectué à Troyes son premier déplacement en province depuis la cohabitation, les 22 et 23-9 (*ibid.*, 24 et 25-9).

– *Droit de grâce*. Conformément à la pratique (cette *Chronique*, n° 80, p. 169), le président a exercé, le 10-7, son droit de clémence à l'occasion de la fête nationale (*Le Monde*, 12-7).

– *Non au quinquennat*. Interrogé le 14-7, le chef de l'État s'est déclaré hostile au quinquennat, qui « conduit presque automatiquement au régime présidentiel », en raison de ses risques :

« le blocage des institutions et la paralysie […] ou le retour à un régime trop parlementaire du type de celui de la IV^e^ République ». Bref, le quinquennat lui « paraît comporter un risque d'aventure institutionnelle. Et moi, je suis le garant des institutions » (*Le Monde*, 16-7). M. Chirac n'a pas explicité son propos, mais l'identité de durée du mandat présidentiel avec la législature ne pourrait manquer, semble-t-il, de mettre en cause la dualité du chef de l'État et du Premier ministre responsable et, par voie de conséquence, le recours aux instruments du parlementarisme rationalisé.

V. *Dyarchie. Partis politiques. République*.

Référendum

– *Note*. M. Verpeaux sous TA Nice, 12-11-1996 (arrêté municipal et mendicité), *AJDA*, 1997, p. 630.

République

– *Bibliographie*. F. Furet, « L'énigme française », *Le Monde*, 23-9 (l'*ultima verba*) ; J.-M. Mayeur, *La Question laïque*, *XIX^e^-XX^e^ siècle*, Fayard, 1997 ; J.-L. Parodi, « Les institutions de la V^e^ République ont-elles fini d'exercer leurs effets ? », *RFSP*, vol. 47, n° 3-4, juin-août 1997, p. 292 ; G. Vedel, « Réformer les institutions. Regard rétrospectif sur deux commissions », *ibid.*, p. 313.

– *Garant des valeurs républicaines*. A l'occasion de son entretien, le 14-7, le chef de l'État a rappelé son rôle (cette *Chronique*, n° 82, p. 217) à l'égard du Front national : « l'inacceptable, le racisme, l'antisémitisme, la xénophobie, tout ce qui est à l'opposé des traditions françaises, de tout ce qui forme le socle de la République, et ça, c'est très dangereux et c'est indigne […]. Je n'ai pas l'intention de diaboliser mais de lutter avec la plus grande fermeté contre les tendances de cette nature » (*Le Monde*, 16-7).

– *Langue*. Par un avis du 24-9-1996, le Conseil d'État a estimé que certaines dispositions de la charte européenne des langues régionales ou minoritaires élaborée par le Conseil de l'Europe étaient contraires à l'art. 2 C et à la jurisprudence constitutionnelle (94-345 DC, 29-7-1994, cette *Chronique*, n° 72, p. 178), s'agissant de leur utilisation dans les rapports entre la justice et les justiciables et les autorités administratives. Le ministre de la Justice, qui partage cette analyse, estime qu'une révision constitutionnelle permettrait à la France de signer la charte (AN, *Q*, p. 2600).

– *« Partis républicains »*. Le Premier ministre a adressé une lettre à leurs dirigeants, le 23-9, ainsi qu'aux présidents des assemblées parlementaires, en vue d'engager une « concertation » sur la limitation du cumul des mandats (*Le Monde*, 25-9).

– *Tradition*. « Les représentants de l'État veillent à assurer la bonne information de l'ensemble des responsables des départements et des régions à propos des événements graves qui peuvent survenir », indique le ministre de l'Intérieur. Il s'agit, en l'occurrence, du « respect par les membres du corps préfectoral de leurs obligations de loyauté, d'impartialité et de neutralité, qui restent au cœur de leur déontologie et de l'esprit républicain qui les animent » (AN, *Q*, p. 2886).

Dans le même ordre d'idées, le portrait du chef de l'État a été installé dans le bureau du Premier ministre à Matignon (*Le Monde*, 5-7).

V. *Dyarchie*.

SÉANCE

– *Incident.* Lors de l'examen des articles du projet de loi portant réforme du service national, le ministre de la Défense ayant lancé à M. Pierre Lellouche : « Vous êtes lamentable », en réponse aux propos désobligeants du député RPR, le 18-9, en séance de nuit, celui-ci s'est jugé insulté (p. 3331). Bien que M. Alain Richard ait ironiquement retiré son propos, le président du groupe RPR a été saisi et M. René Galy-Dejean a donné lecture de la lettre de protestation de M. Jean-Louis Debré au président Fabius, le 23 (p. 3341) : les propos de M. Richard porteraient « gravement atteinte à la dignité » de l'intéressé.

– *Suspension de principe.* Mme Nicole Ameline (UDF) ayant demandé une suspension de séance pour protester contre l'absence des ministres de l'Intérieur et de la Justice lors de la discussion de l'adhésion de la Grèce et de l'Autriche aux accords de Schengen, le 23-9, le président Fabius lui donna satisfaction tout en demandant à ses collègues de rester à leur place, la séance reprenant cinq minutes plus tard (p. 3415).

SÉNAT

– *Composition*. Outre le remplacement des sénateurs nommés au gouvernement, Mme Demessine avait pour sa part démissionné sur-le-champ (cette *Chronique*, nº 83, p. 200), M. Bialski (Nord) (S) a renoncé, le 2-7, à son mandat. Il a été remplacé par Mme Derycke (p. 10170), ce qui porte à 19 la représentation féminine (cette *Chronique*, nº 77, p. 266).

Au surplus, quatre élections partielles se sont déroulées : le 7-9, M. Dérian (C) a été élu dans les Côtes-d'Armor (p. 13167), à la suite de l'élection de M. Leyzour (C) à l'Assemblée nationale (cette *Chronique*, nº 83, p. 200), et, le 21-9, trois anciens ministres du gouvernement Juppé ont recouvré, à l'issue du premier tour, leur siège (*ibid*., nos 75 et 76, p. 174 et 171) : MM. Arthuis (UC) en Mayenne, Barnier (RPR) (Savoie) et Raffarin (RI) (Vienne) (p. 13813). En revanche, la vacance du siège de M. Pradille (S), dont la déchéance a été constatée par le Conseil constitutionnel, le 10-9 (v. *Parlementaires*), demeurera jusqu'au renouvellement de la série *A* en 1998 (art. LO 332 du Code électoral).

– *Informatique*. Le président Monory a présenté, le 25-9, à la salle Médicis, le CD-Rom sur la Haute Assemblée (*BIRS*, 668, p. 17). Ce dernier a été envoyé dans tous les lycées et collèges, notamment.

V. *Parlement*.

SESSION EXTRAORDINAIRE

– *Convocation.* Le décret du 3-9 (p. 12980) a convoqué le Parlement à compter du lundi 15-9, date à laquelle l'Assemblée s'est réunie, alors que le Sénat a attendu le mardi 16, jour réglementaire (art. 32 RS), pour une séance de pure forme, avant de commencer ses travaux le lendemain.

V. *Ordre du jour.*

SUMMARIES

MAURICE AGULHON

The Conquest of Liberty

Liberty, understood as the opposite of submission to authority, is now a universally-accepted concept. This does not mean, however, that conflicts do not emerge among its advocates. The author deals with the last two centuries of French history and a single issue : what should we think of the contribution of the French Revolution ? Did it fashion our national culture in a way that is rather dangerous for, or, on the contrary, rather favorable to liberty ? In opposition to François Furet, with whom he was linked by a long history of controversial debate, the author favors the second approach, and insists on a theoretical problem raised by the explanation of history, namely the need to determine the relative influence of ideological debates and of the concrete action of social and political forces.

DANIÈLE LOCHAK

The Limits of Liberty

The issue of justification is at the center of any reflection about the limits of liberty. *In whose name* may freedom be legitimately limited in a society that considers it as its major value ? The emergence of an ethical imperative highlights the underlying issue of the values that should determine choice. It is also necessary to determine *the right degree* of constraint that one may impose on individuals. The concept of balance, which is consubstantial with liberal thought, finds here a new strength implying the reformulation of problems in ethical terms which, in turn, makes the search for the right balance between contradictory demands even more difficult.

BERNARD GUILLARME

The Individual and the Group

The relationship between the individual and the group raises problems only within an intellectual framework which conceives political liberty in negative terms, in the meaning given by Isaiah Berlin to this concept. One may then discuss the antagonism between individual and group liberty, the nature of the social conditions required to guarantee individual liberty, as well as the compatibility between liberty and the common good, a concern which is central to any republican policy.

MICHAEL FREEDEN

Liberty between Liberalism and Socialism

The meanings of liberty are constituted by different ideological frameworks within wich the concept is situated. A social version of liberalism, and a type of socialism emphasizing liberty, have converged in Western European thought to provide a rich understanding of liberty that contrasts with its cleavage between conservative libertarianism and dogmatic socialism.

JEAN-PAUL COSTA

The Judge and Liberties

It seems natural, in a country like ours, that the judge should protect the liberties of every individual, in particular against the established powers. In fact, such an approach is the result of an historical accident and, more precisely, of a certain understanding of Montesquieu's ideas. Indeed, the judge has no real legitimacy as guardian of liberties, and he is not always very well armed to defend them efficiently. However, he acts as best he can, and anyway, his action is irreplaceable.

PHILIPPE ARDANT

Constitutions and Liberties

The relationship between liberties and constitutions is as old as constitutions themselves. Once it was agreed to inscribe liberties in the constitutions they found their place at the center of the constitutional edifice in order to be more efficiently protected against any abuse of

power. While all the liberties have not been integrated in the constitutions, they now coexist with a series of « rights » whose strength tends to be eroded by their very multiplication.

ALAIN-GÉRARD SLAMA
The Citizenless State

The growing dependence of the citizen on an increasingly present and criticisized state finds its roots in the crisis of the republican model. This crisis expresses itself in the reversal of the individual principles – laicism, the primacy of the law, the equality of individuals before the law, the separation of orders, a preference for sanction over prevention – that have tried to establish the autonomy of the responsible and active citizen over the last two centuries. It has provoked a chain reaction leading to communitarianism, corporatism and identity politics and, as far as the groups are concerned, increasing social demands that tend to worsen the conflicts and dependencies. In order to regain its legitimacy, politics should go back to the founding principles of republican citizenship.

BERNARD STIRN
The State of Liberties : A Critical Assessment

There is no doubt that France is a free country where fundamental rights, such as the rights to create associations, to demonstrate, to communicate freely, are widely exercised. In addition, over the more recent period, the rule of law has ben reinforced by a clearer international understanding of human rights, by a higher respect for constitutional guarantees, and by the development of new legislation. But liberties should never be taken for granted, as illustrated by the present debates about the integration of foreigners, or the independence of the judiciary, as well as by the current reflection about the respect of private life or the guarantee of the rights of the individual confronted with the resurgence of communitarianism.

GEORGES CORM
The Difficult Voyage of Liberty beyond the Western World

The article examines the many historical hurdles modern conceptions of liberty have faced in non Western societies, in particular in Muslin

world. Colonial experiences, the emergence of post-colonial communitarian states, the Cold War and the instrumentalisation of religion in the conflict with the Soviet Union are the major factors that explain why liberty has failed to blossom in every part of the world.

CHRONICLES

European Chronicle
JEAN-LOUIS BOURLANGES
European Union after Amsterdam : A Political Evaluation

ÉLISABETH ZOLLER

United States : The Supreme Court's Discretionary Power of Judging

Foreign Chronicle : Letter from Germany
ADOLF KIMMEL
The German Way of Cohabitation

PIERRE ASTIÉ AND DOMINIQUE BREILLAT
Foreign Notes (July 1st-September 30, 1997)

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL
French Constitutional Chronicle (July 1st-September 30, 1997)

© « POUVOIRS », JANVIER 1998.

ISSN 0152-0768

ISBN 2-02-033448-8

CPPAP 59-303

RÉALISATION : ATELIER GRAPHIQUE DES ÉDITIONS DE SEPTEMBRE À PARIS.
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI.
DÉPÔT LÉGAL : JANVIER 1998. N° 33448 (98).