

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 30 – 2023

Réforme des retraites : les enjeux constitutionnels



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Samy Benzina (Université de Poitiers), Eleonora Bottini (Université de Caen), Jean-Félix de Bujadoux (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes I), Julien Jeanneney (Université de Strasbourg), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Mathilde Laporte (Université de Pau), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Emilien Quinart (Université Panthéon-Sorbonne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

Jus Politicum

Revue internationale de droit politique

Numéro 30 - Juillet 2023

REFORME DES RETRAITES : LES ENJEUX CONSTITUTIONNELS	3
Denis Baranger, Olivier Beaud : <i>Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la V^e République</i>	5
Olivier Beaud : <i>Quelques réflexions sur l'inculture constitutionnelle française révélée par l'épisode de la réforme des retraites.....</i>	7
Samy Benzina : <i>Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites</i>	27
Jean-Félix de Bujadoux : <i>La réforme des retraites : acmé de la dés-affectio societatis au Palais Bourbon</i>	49
Bruno Daugeron : <i>Le « chemin démocratique » ou les mésaventures du présidentialisme minoritaire</i>	65
Jean-Marie Denquin : <i>Ambivalence du présidentialisme</i>	77
Julien Jeanneney : <i>La Constitution brutalisée. Derrière la crise, un passage en force</i>	85
VARIA.....	103
Jean Leclair : <i>Le recours aux clauses de dérogation aux droits et libertés dans un contexte fédéral: l'exemple canadien</i>	105
Hajime Yamamoto : <i>Une doctrine singulière de limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle au Japon.....</i>	123
RECENSIONS.....	139
Benjamin Lecoq : M. ALBERTONE et M. TROPER (dir.), <i>La Représentation politique. Anthologie (2011)</i>	141

Elina Lemaire : R. GHEVONTIAN (dir.), <i>Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain</i> (2019).....	153
Nicoletta Perlo : <i>Populisme et constitutionnalisme, les relations dangereuses</i> . G. MARTINICO, <i>Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective</i> (2021).....	157

Réforme des retraites :
les enjeux constitutionnels

Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la V^e République

La réforme des retraites, caractérisée par la disposition-phare du relèvement de l'âge légal de 62 à 64 ans adoptée finalement dans la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023, a eu notamment pour effet de provoquer des débats d'ordre constitutionnel d'une ampleur presque inégalée sous la V^e République. Le blog de *Jus Politicum* s'est fait l'écho de certains de ces débats et il aurait été étonnant que la revue *Jus Politicum* elle-même ne prît pas le relais en proposant à ses lecteurs une sorte de *bilan* de cette séquence à haute intensité constitutionnelle.

Sans prétendre à une exhaustivité¹ qui aurait été difficile à atteindre en raison des contraintes temporelles², les six articles ici réunis offrent des éclairages sur des objets différents, mais qui apparaissent notablement convergents quant au diagnostic. Cette crise des retraites, c'est-à-dire cette crise issue de l'adoption aux forceps de la loi du 14 avril 2023 contenant ladite réforme a mis à jour toutes les difficultés de l'actuelle V^e République. De ce point de vue, le bilan est préoccupant, de quelque côté qu'on se tourne.

L'adoption de cette loi a en effet illustré la place qui reste prépondérante du président de la République dans l'édifice de la V^e République, ce qui est hautement paradoxal car depuis les élections du mois de juin 2022, celle-ci vit sous le régime d'un « présidentialisme minoritaire » (Bruno Dageron) de sorte que l'on aurait pu l'espérer plus modeste. Ce ne fut pas le cas et la séquence constitutionnelle a confirmé l'importance de la « personnalisation du pouvoir » (Jean-Marie Denquin), un concept qu'il faut ici aussi prendre en considération. On pourrait alors penser que, dans cette affaire, la grande victime fut le Parlement, en quelque sorte « violenté » par l'Exécutif. Les choses sont cependant plus complexes car une partie du problème actuel est justement l'incapacité de celui-là non seulement à légiférer mais aussi à délibérer. L'attitude à l'Assemblée nationale de la *France insoumise*, si elle est politiquement compréhensible, est constitutionnellement problématique car le

¹ Il manque notamment dans ce bilan un article qui aurait fait le point sur la question qui a été centrale du droit parlementaire et des nouveaux usages massifs du parlementarisme rationalisé. Ce bilan aurait été critique. On se permet de renvoyer à ce sujet à : D. BARANGER, « Réformes et contestations de la V^e République », entretien avec la revue *La Grande Conversation*, 27 mars 2023. [En ligne : <https://www.lagrandeconversation.com/debat/politique/reformes-et-contestations-de-la-ve-republique/>]

² Les auteurs ici sollicités ont dû écrire un peu dans l'urgence dans le courant d'un mois de mai qui est devenu très chargé à l'Université. Qu'ils en soient vivement remerciés, tout comme Thibault Desmoulin (secrétaire général) et Romane Lerenard (assistante éditoriale) qui ont, eux aussi, travaillé dans l'urgence, de manière particulièrement efficace et soignée.

comportement de certains de ses députés a révélé une inquiétante « *dés-affectio societatis* au Palais Bourbon » (Jean-Félix de Bujadoux). Le spectateur impartial de ces joutes politiques et parlementaires est donc forcé de constater un double phénomène inquiétant : la « double brutalisation », provenant du pouvoir en place et de l'opposition radicale, et un « passage en force constitutionnel » (Julien Jeanney) qui nous éloigne passablement d'une démocratie constitutionnelle.

Le tableau est encore noirci par l'analyse sans concession faite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sévèrement, mais justement, épinglée comme étant une « jurisprudence opportuniste » (Samy Benzina). Il n'y a guère d'espoir que le juge de la rue de Montpensier fonctionne un jour comme un contre-pouvoir utile et légitime. La séquence des retraites permet de mesurer la fragilité de l'idée de la « politique saisie par le droit », agitée au milieu des années 1980 par certains constitutionnalistes. Quant à la société civile, elle s'est certes mobilisée contre la réforme, mais avec des arguments juridiques qui révèlent une « inculture constitutionnelle » (Olivier Beaud) tout aussi préoccupante. À l'instrumentalisation du droit par le pouvoir fait ainsi écho le manque de compréhension des règles constitutionnelles par les acteurs politiques.

Le panorama est donc bien sombre, mais les constitutionnalistes ne sont pas là pour enchanter le monde, et on doit seulement espérer que les articles ici réunis donneront matière à penser aux juristes et aux citoyens.

Denis Baranger et Olivier Beaud

Professeurs de droit public à l'Université Paris Panthéon-Assas, Directeurs de la revue *Jus Politicum*.

Quelques réflexions sur l'inculture constitutionnelle française révélée par l'épisode de la réforme des retraites

Dans ce numéro spécial sur « *la réforme des retraites et le droit constitutionnel* », dans lequel les auteurs ont voulu réagir à chaud à l'actualité constitutionnelle constituée par la réforme du régime des retraites (et de sa mesure phare qui est le relèvement de l'âge légal de 62 à 64 ans¹), il pourrait sembler un peu incongru de traiter de « l'inculture constitutionnelle française ». En effet, le sujet apparaît comme *a priori* un peu léger et surtout décalé par rapport aux nombreux et sérieux problèmes d'ordre constitutionnel soulevés par cette réforme et abordés pour partie dans ce numéro.

Cette crise politico-sociale de la réforme des retraites fut un feuilleton dont les divers épisodes les plus significatifs du point de vue constitutionnel ont eu lieu principalement au Parlement et devant le Conseil constitutionnel. Le plus marquant fut la promotion d'un article de la Constitution de la V^e République — l'article 49 al.3 — qui est devenu la cible principale des opposants à la réforme des retraites. Son utilisation par l'Exécutif, au dernier moment, a suscité leur colère, comme le prouve la déclaration du secrétaire général de la CFDT, Laurent Berger, selon laquelle cette réforme serait affectée d'« *un vice démocratique si elle pass(ai)t par le 49.3* », et son usage marquerait « *une triple défaite : populaire, morale et politique* » pour l'exécutif². À cet usage légal de cet article, argument avancé par l'Exécutif, les adversaires de la réforme ont au contraire souligné son illégitimité³, notamment au regard de l'utilisation maximale des techniques du parlementarisme

¹ Telle qu'elle été réalisée par l'adoption de la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

² « 49.3 : les oppositions dénoncent un déni de démocratie et les syndicats appellent à de nouvelles mobilisations », *Le Monde*, 16 mars 2023.

³ Voir notamment les propos de Thierry Pech dans son dialogue avec Dominique Schnapper : « La légalité ne peut pas tout justifier. Certes, aucun des outils mobilisés par le gouvernement – le projet de loi de finances rectificative, l'article 47-1 qui permet de comprimer les délais d'examen et jusqu'à l'article 49.3 – n'est contraire à la Constitution. Mais cela n'empêche pas de juger sévèrement l'ensemble. Le problème n'est pas l'usage du 49.3 en tant que tel, mais l'accumulation de tous les moyens de ce que l'on appelle le "parlementarisme rationalisé" qui ont au final fortement limité la liberté du Parlement. La question n'est pas étroitement juridique, mais démocratique. Pour beaucoup de Français, ces choix ne correspondent manifestement pas à l'idée qu'ils se font de la démocratie. » T. PECH et D. SCHNAPPER, « Pour restaurer la légitimité de nos institutions, la participation citoyenne est nécessaire », *Le Monde*, 7 avril 2023

rationalisé⁴, dans une période qu'on peut qualifier de « présidentielisme minoritaire⁵ ».

Surtout, de manière assez inédite, la crise des retraites a eu pour particularité de placer le droit constitutionnel au centre de l'actualité, ce qui n'avait pas été le cas depuis fort longtemps. En effet, au cours de cette brève période qu'on pourrait qualifier à « haute intensité constitutionnelle » (février-avril 2023), les « constitutionnalistes » étaient devenus des personnes presque autant recherchées par les médias que ne le furent les épidémiologistes pendant la pandémie du coronavirus. Cet intérêt pour le droit constitutionnel a même atteint son apogée dans les jours précédant et suivant les deux décisions du Conseil constitutionnel du 14 avril 2023 sur la loi relative à la retraite (2023-849 DC) et sur le référendum d'initiative populaire (2023-4 RIP)⁶. Au cours de cette période, le grand public a néanmoins pu vérifier la validité de cette loi selon laquelle les experts ne sont jamais d'accord entre eux. Rien d'étonnant pour un juriste qui sait que le droit est matière à interprétation et que la doctrine, qu'on présente toujours au singulier (comme si elle était un bloc homogène) est toujours divisée. Certains ont contesté avant et après la décision du Conseil constitutionnel et la procédure utilisée, tandis que d'autres n'ont rien trouvé à y redire.

Toutefois, si tout constitutionnaliste pouvait se réjouir du soudain et vif intérêt porté par l'opinion publique au droit constitutionnel pendant cette période politique et sociale fort agitée, il devait constater qu'il y avait – hélas – un revers à la médaille. Celui-ci tenait à ce que cet intérêt révélait en même temps une grande ignorance de ce droit constitutionnel non seulement de la part des citoyens ordinaires – ce qui est normal en un sens – mais aussi des représentants des médias et des acteurs politiques – ce qui l'est un peu moins. Plus exactement, comme l'indique l'intitulé de cet article, cette crise politique et sociale a mis à jour non seulement l'ignorance mais aussi *l'inculture constitutionnelle française*. La décision de préférer l'expression d'inculture constitutionnelle⁷ à celle d'ignorance vise à montrer que les approximations fréquentes auxquelles ont donné lieu les commentaires sur le fonctionnement des institutions de la V^e République révèlent une faible compréhension de certaines conceptions fondamentales du droit constitutionnel, sous-jacentes en réalité au texte des dispositions de la constitution. En d'autres termes, il y a une subtile différence, ou un subtil dégradé, entre l'ignorance et l'inculture en matière constitutionnelle : la première est un peu scolaire car elle illustre le cas où l'on ne sait pas – ou on a oublié – des choses qui pourraient sembler élémentaires. En un sens, l'inculture est plus grave dans la mesure où elle trahit une incompréhension plus générale de ce qu'est le droit constitutionnel.

⁴ Voir « Débat sur les retraites : un parlementarisme “rationalisé” jusqu'à le dérégler », Entretien de D. BARANGER, *La Grande conversation*, 24 mars 2023 [En ligne : <https://www.lagrandeconversation.com/debat/politique/reformes-et-contestations-de-la-ve-republique/#debat-sur-les-retraites-un-parlementarisme-rationalise-jusqua-le-dereglerDé>]

⁵ Voir ici la contribution de B. DAUGERON, « Le “chemin démocratique” ou les mésaventures du présidentielisme minoritaire », dans ce numéro.

⁶ Voir ici la contribution de S. BENZINA, « Les décisions sur la réforme des retraites : une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité », dans ce numéro.

⁷ Le choix de ce dernier terme ne doit pas tromper ; il ne s'agira pas ici de discuter de l'existence ou non de la « *culture constitutionnelle* » d'un peuple ou d'un pays. Voir le numéro spécial de la *RFDC*, 2020/3, n° 123.

Une telle inculture est troublante du point de vue démocratique si l'on part de l'idée que la Constitution devrait être la chose de tous, c'est-à-dire la chose de tous les citoyens. N'était-ce pas le *leitmotiv* de tous ceux qui ont plaidé en faveur de l'introduction de la question prioritaire de la constitutionnalité en soutenant que les citoyens *s'approprieraient*, enfin, la Constitution par le biais de leur action contentieuse ? Alors que cet article était pratiquement achevé, deux autres collègues ont, dans un article de presse, relevé « le déficit de culture constitutionnelle », formule plus feutrée que l'inculture, mais qui témoigne d'une préoccupation semblable à la nôtre. Mais ils ont surtout évoqué ce déficit pour en faire un facteur causal de « l'aggravation de la crise de la démocratie⁸ ». Leur constat, qui découle de l'examen du feuilleton de la réforme des retraites et de la réaction de l'opinion publique, est plutôt sévère puisqu'ils écrivent : « Nous souffrons collectivement d'un déficit de culture constitutionnelle, ce qui n'est pas satisfaisant dans une démocratie digne de ce nom⁹ ». Leur projet est de réintroduire la question de la culture constitutionnelle dans le cadre plus global de l'éducation civique dont le droit constitutionnel devrait être un des piliers. Un constat a été prolongé par le chroniqueur politique de France-Inter qui, mentionnant la précédente tribune, estimait que l'ignorance des rouages institutionnels alimentait en partie le complotisme¹⁰. Cette perspective qui n'est pas entièrement celle du présent article, est évidemment de grande importance¹¹.

Cet article, qui visera à constater l'existence de ce double phénomène (l'ignorance et inculture constitutionnelles), en partant du cas de la réforme des retraites, n'entend pas être systématique dans la mesure où il ne recherche pas de façon exhaustive les manifestations¹², les causes et les effets d'un tel phénomène, même si on a tenté, de temps en temps, d'évoquer quelques raisons de cette inculture constitutionnelle qui reste problématique dans un pays qui se prétend démocratique.

I. DE L'IGNORANCE CONSTITUTIONNELLE ET DE SES DIVERSES MANIFESTATIONS LORS DE LA CRISE DE LA REFORME DES RETRAITES

La principale source sur laquelle on s'appuiera pour diagnostiquer cette ignorance est la presse ou ce qu'on appelle les médias. Il faudrait ici probablement distinguer les cas et ne pas mettre tout à fait sur le même plan la presse écrite et le reste de la presse, surtout radiophonique ou audiovisuelle. C'est cette dernière qui

⁸ M. GREN et J. PADOVANI, « Le déficit de culture constitutionnelle contribue au développement et à l'aggravation de la crise de la démocratie », *Le Monde*, 26 mai 2023 [En ligne : www.lemonde.fr/idees/article/2023/05/26/le-deficit-de-culture-constitutionnelle-contribue-au-developpement-et-a-l-aggravation-de-la-crise-de-la-democratie_6174929_3232.html]. Tous nos remerciements à Éric Buge pour nous avoir signalé cet article qui était seulement sur le site internet du Monde.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Y. GOOSZ, « Crise démocratique : apprendre la Constitution pour comprendre », France Inter, 2 juin 2023.

¹¹ Voir dans le même sens, E. BUGE et J.-Y. NADAL, « L'école doit être le lieu d'apprentissage de la démocratie, mais elle n'y arrivera pas seule », *Le Monde*, 22 juin 2022.

¹² Nous avons prévu initialement d'étudier l'usage de l'article 49, al. 3, qui a été présenté largement comme « anti-démocratique ».

touche le plus le grand public et c'est d'ailleurs là que l'ignorance constitutionnelle semble avoir été la plus répandue, portant en réalité sur deux objets différents.

A. De l'ignorance de certaines données de base constitutionnelles

Pour la première fois depuis longtemps, le Conseil constitutionnel a été au centre de l'attention. Ce fut particulièrement le cas lorsqu'on attendait sa décision sur la loi relative à la retraite. On a alors pu entendre certains propos surprenants de la part de journalistes, dont l'un fut notamment l'idée selon laquelle le Premier ministre aurait saisi le Conseil « *comme le veut la tradition* ». Ce propos fut immédiatement démenti par les deux professeurs de droit public (de « droit constitutionnel » comme disent les journalistes) qui rappelèrent la règle selon laquelle le chef du gouvernement n'a aucune *obligation* dans le cas d'espèce, de saisir le Conseil constitutionnel. En effet, sa saisine, pour ce qui concerne les lois ordinaires, est une prérogative discrétionnaire — « une faculté » donc, et non pas un devoir — des quatre autorités compétentes (président de la République, Premier ministre présidents des deux assemblées) et de soixante parlementaires.

Il va de soi que tout lecteur de cette Revue, un peu frotté au droit constitutionnel, a pu repérer pendant cette période au cours de laquelle l'opinion publique s'est passionnée pour la Constitution de la V^e République des exemples de « perles » du même genre, un peu comme celles que l'on trouve dans les copies de bac ou d'étudiants. Il nous suffira ici de citer deux autres exemples, sans viser à l'exhaustivité. L'un qui nous paraît très parlant est la façon courante qu'ont les journalistes de la presse radiophonique ou audiovisuelle de parler d'un *avis* pour désigner une décision du Conseil constitutionnel. On l'a entendu le matin du 14 avril 2022, jour de la décision du Conseil sur la réforme des retraites, quand le journaliste a annoncé que celui-ci allait « *rendre son avis* ». Or, comme on le sait, il ne s'agit pas d'un avis, mais d'une décision, et la différence est fondamentale en ce qu'elle trace la frontière entre la fonction consultative et la fonction « juridictionnelle » du Conseil constitutionnel dont les décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités juridictionnelles et administratives » (art. 62, al. 3). Un autre exemple assez frappant est la manière courante qu'ont les médias d'annoncer que l'Assemblée nationale a adopté la loi, alors même que le projet ou la proposition de loi est seulement à l'étape de la première lecture. Or, comme on le sait, sous la V^e République, le Parlement est bicaméral et l'Assemblée nationale n'adopte pas toute seule la loi en raison de l'existence de la seconde Chambre, à savoir le Sénat. Certes, il est exact de dire que l'Assemblée nationale a adopté *définitivement* la loi, mais seulement dans le cas où, en raison d'un désaccord entre les deux chambres, elle est appelée à user du pouvoir du dernier mot que lui reconnaît la Constitution (art. 45, al. 5). C'est pour cette raison que l'on doit parler d'un bicaméralisme inégalitaire.

B. De l'ignorance du lien essentiel entre les données constitutionnelles et les faits politiques

À ces erreurs manifestes ou grossières, il convient d'ajouter une autre série de cas révélant une certaine ignorance du droit constitutionnel¹³ et qui sont apparus lorsque la presse a relaté les solutions alternatives proposées par les partis ou groupes politiques pour contrer la loi sur la réforme de la retraite. Le problème est

¹³ Tous nos remerciements à Jean-Marie Denquin qui nous a mis ici sur la piste de ces autres cas.

que de telles propositions présentées comme étant très crédibles n'avaient ou n'ont aucune chance.

Le premier cas notable est la voie du référendum d'initiative partagée (RIP), qui a été invariablement présentée comme un moyen rapide et sûr d'abroger la loi sur la retraite, alors qu'il suffit de lire l'article 11, issu de sa rédaction de la révision de 2008, pour s'apercevoir que la chose n'avait aucune chance de prospérer. En effet, même si le Conseil constitutionnel avait déclaré recevable ce RIP — ce qui d'ailleurs ne fut pas le cas —, il aurait inmanquablement échoué car il aurait suffi à des parlementaires, plus certainement des sénateurs, de décider l'examen de la proposition de loi pour faire barrage à la voie référendaire (art. 11, al. 5). Tout a été fait lors de la révision constitutionnelle de 2008 pour que ce référendum soit verrouillé et surtout qu'il ne soit pas un référendum d'initiative populaire, dans la mesure où le dispositif accorde aux parlementaires un pouvoir de bloquer définitivement la réforme. En effet, même dans l'hypothèse où une minorité de parlementaires (un cinquième) décide de déclencher une procédure de RIP et où une minorité de citoyens les suivent (étape de l'initiative proprement dite), les parlementaires de l'une des deux chambres ont encore le pouvoir de bloquer la procédure référendaire, s'ils sont en désaccord avec un tel référendum en décidant de faire examiner le texte par leur Chambre, ce qui empêche le peuple d'adopter en dernière instance le texte proposé. La simple lecture de l'article 11, en particulier de son cinquième alinéa, disposition très « hypocrite¹⁴ », aurait permis aux journalistes d'expliquer au grand public que ces initiatives de RIP étaient d'emblée vouées à l'échec, quelle que fût la décision sur la recevabilité du Conseil constitutionnel, en raison de la position du Sénat favorable à la réforme sur la retraite qui pouvait provoquer un examen de cette disposition par le Parlement.

En outre, la même chose peut être dite de la proposition de loi récente du groupe LIOT visant à abroger la loi du 19 avril 2022 de finances rectificative. Elle n'a aucune chance d'aboutir, à supposer d'ailleurs qu'elle franchisse le barrage de l'irrecevabilité financière de l'article 40 qui semble vouloir activer le gouvernement¹⁵. En effet, comme les sénateurs favorables à la réforme de la retraite ont un droit de veto — en la personne du président du Sénat, qui était, rappelons-le favorable à la loi « retraite », ladite proposition de loi LIOT échouera nécessairement. En effet, en cas de désaccord (plus que probable) entre les deux Chambres à propos d'une *proposition de loi*, la commission mixte paritaire ne pourra être réunie, car il faut qu'une telle convocation soit le fruit d'une initiative *conjointe* des présidents des deux assemblées (art. 45, al. 2). Si le président du Sénat manifeste son désaccord, la condition de l'initiative conjointe n'est pas remplie et la procédure s'arrête. C'est une évidence. Le député rapporteur général du budget de la proposition de loi a donc eu raison d'observer que :

Faire croire aux Français que ce texte pourrait être adopté est un mensonge, car même s'il avait une majorité à l'Assemblée nationale (ce qui reste à démontrer), il ne l'a pas au Sénat, et rien n'arrêterait les allers-retours entre les deux chambres¹⁶.

¹⁴ « Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le président de la République la soumet au référendum. » (art. 11, al. 5).

¹⁵ Elle n'a d'ailleurs pas passé ce barrage, comme on l'a appris après la rédaction de cet article.

¹⁶ Voir l'article de J.-R. CAZENEUVE, « Avec sa proposition de loi sur les retraites, le groupe LIOT trahit notre Constitution », *Le Monde*, 25 mai 2023.

Rares sont les journalistes qui ont informé les lecteurs que ces voies alternatives étaient vouées à l'échec par pure application de la règle constitutionnelle confrontée à la configuration politique dans les deux assemblées¹⁷.

C. Les effets pernicioeux de cette ignorance constitutionnelle

L'affaire n'est pas ici mineure car ces propos de la presse conduisent, sans intention malveillante il est vrai, à ce qu'on peut appeler une véritable désinformation de l'opinion publique. Les journalistes semblent ignorer deux choses fondamentales en droit constitutionnel : d'une part l'importance de la procédure et d'autre part, le lien intrinsèque entre l'application des textes et la configuration des forces politiques au Parlement. Quant au premier point, il ne suffit pas de prendre l'initiative de certains textes pour que ceux-ci aboutissent et deviennent, une fois adoptés, des actes juridiques. En effet, il faut considérer la procédure législative comme un tout et examiner non pas seulement l'initiative, mais aussi la suite de l'opération législative. Il peut survenir au milieu de la procédure des conditions particulières qui sont autant d'embûches pour les promoteurs des textes examinés. De façon relativement inexplicable, la presse fait l'impasse sur le bicaméralisme et sur l'importance du Sénat qui peut faire échouer bien des initiatives des députés.

Par ailleurs, la méconnaissance du droit constitutionnel provient également de l'oubli, presque systématique, de la mise en relation des dispositions constitutionnelles ou mécanismes institutionnels avec les faits politiques, c'est-à-dire l'état des forces politiques dans les deux Assemblées¹⁸. Un mécanisme peut toujours théoriquement être mis en mouvement, mais il faut ensuite, pour qu'il aboutisse, que les conditions politiques – l'exigence d'une majorité ou l'accord d'un président d'assemblées – soient en mesure d'être réunies. En d'autres termes, ces conditions peuvent être *in concreto* des obstacles politiques. Ignorer ou feindre d'ignorer par exemple que le président du Sénat, Gérard Larcher, est un partisan de la « loi retraite » empêche de comprendre comment va se dérouler la procédure parlementaire.

La conséquence de cette forme d'ignorance constitutionnelle est tout simplement que les citoyens ne pouvaient pas comprendre, en écoutant ce qu'ils entendaient ou même en lisant ce qu'ils lisaient, que ces prétendues possibilités juridiques de revenir sur la réforme étaient de pures chimères. À la limite, on peut comprendre le jeu politique des partis qui font croire à de telles solutions en tentant, par une sorte d'activisme constitutionnel, d'utiliser tous les leviers procéduraux et constitutionnels à leur disposition pour entretenir l'espoir et la mobilisation sociale¹⁹. Mais pourquoi la presse devrait-elle prendre pour argent comptant ce que

¹⁷ Il y a heureusement des exceptions. Ainsi Françoise Fressoz observe lucidement à propos de la proposition de loi LIOT : « Le texte n'a aucune chance d'aboutir, faute de majorité au Sénat [...] Emmanuel Macron se comporte comme s'il était de nouveau en campagne électorale », *Le Monde*, 23 mai 2023.

¹⁸ Sur l'importance des forces politiques dans l'analyse constitutionnelle, on renvoie ici à l'analyse salutaire de N. ROUSSELLIER, « La crise du fait majoritaire est plus profonde que la crise de la Constitution », *Blog de Jus politicum*, 30 mars 2023.

¹⁹ La même chose vaut, *mutatis mutandis*, pour les plaintes devant la Cour de Justice de la République. La presse fait ses choux gras des saisines et des mises en examen par la commission d'instruction alors qu'elle devrait prévenir ses lecteurs que la Cour, en tant que formation de jugement, ne suivra pas les magistrats instructeurs. C'est particulièrement le cas pour la crise du Covid et les ridicules poursuites faites par des avocats en quête de notoriété.

leur disent les politiques ? Pourquoi ne vérifie-t-elle pas la « pertinence » politico-juridique de telles solutions prétendument alternatives ? On peut craindre qu'un tel silence de la presse s'avère en réalité contreproductif pour la démocratie dans la mesure où il entretient les citoyens dans l'illusion d'une réforme encore possible. Or, une fois la chimère évanouie, les citoyens, majoritairement opposés à la réforme sont encore plus dépités et en colère car ils ont cru, de bonne foi, à d'autres solutions mais irréalistes. L'opinion publique mérite à notre sens mieux que ce que la presse lui a ici offert²⁰.

Certes, notre critique pourrait être mal reçue et exprimer une sorte de morgue professorale. Elle pourrait donner l'impression qu'elle relaie les critiques populistes à l'égard des médias prétendument complice du pouvoir. Il ne s'agit pas dans notre esprit de participer à ce jeu malsain du « *media bashing* » si fréquent sur les réseaux sociaux et encore moins de jeter l'opprobre sur l'ensemble de la presse. D'abord parce que, comme on l'a déjà dit, certains membres de la presse, surtout écrite, ont parfaitement informé leurs lecteurs. En l'espèce, toute généralisation serait abusive et injuste. Ensuite parce que la corporation des journalistes est en réalité hétérogène ; comme l'avait dit spirituellement Coluche dans une émission de Michel Polac, elle est divisée entre les « journalistes à peigne » et « les journalistes à plume ». Enfin, parce que les conditions de travail des journalistes se sont sérieusement dégradées dans un milieu que n'épargne pas la loi d'airain du capitalisme, de sorte qu'il devient difficile pour les journalistes de travailler correctement s'ils ne jouissent pas du temps nécessaire pour approfondir des sujets et résister au diktat de l'urgence et du scoop.

Si explicables soient ces lacunes de l'information de la presse en droit constitutionnel, elles restent néanmoins dommageables pour la démocratie. On l'a vu plus haut, à la fin de notre introduction, mais il faut revenir sur ce point central. En effet, comme on le sait, l'opinion publique est un artefact largement façonné par les médias, surtout dans un pays où l'étude des institutions politiques ne fait pas partie réellement de l'instruction publique. Il y a donc un enjeu politique majeur à ce que la presse, au sens le plus noble du terme, informe correctement ses lecteurs, ses auditeurs et ses téléspectateurs pour ce qui concerne le droit constitutionnel et les institutions du pays. « Les médias, a-t-on dit, sont censés faire le pont entre les élus et les citoyens²¹. » Comme elle ne peut pas le faire uniquement en invitant des « experts », elle pourrait être en mesure de le faire si elle disposait de journalistes un peu mieux informés de ces questions²². Il convient d'observer par ailleurs qu'en France, le droit est un peu le parent pauvre de la presse écrite. Celle-ci a des pages « économie », mais n'a point de pages « droit », contrairement par exemple à ce que l'on peut trouver en Angleterre. Il n'y a donc pas de journalistes spécialisés en droit, ce qui aurait pourtant été fort utiles lors de la période qu'on vient de vivre. Les entreprises de presse ne devraient-elles d'ailleurs pas proposer une formation

²⁰ Notre étude est évidemment incomplète car on a ignoré les « réseaux sociaux ». Mais on peut supposer que ce que l'on dit pour la presse traditionnelle (écrite, radiophonique, audiovisuelle) vaut *a fortiori* pour les réseaux sociaux dans lesquels on trouve en outre des *fake news*.

²¹ Y. GOOSZ, *Crise démocratique : apprendre la Constitution pour comprendre*, France Inter, chronique précitée.

²² Il va de soi que notre propos est bien trop rapide et que la dégradation des conditions de travail dans la presse (celle encore un peu indépendante...) est responsable d'une telle « ignorance ». Les jeunes journalistes en CDD qui arrivent sur le marché n'ont pas eu le temps de se former.

au droit et au droit constitutionnel au titre de la formation professionnelle continue²³ ? Ce ne serait pas de l'argent gaspillé car celui-ci profiterait aux citoyens qui sont légitimement en droit d'obtenir une information non seulement pluraliste, mais aussi éclairée sur ces questions qui touchent au fonctionnement de la démocratie. L'autre solution, évidemment, serait comme on l'a vu plus haut, de densifier la formation des élèves et des citoyens de notre pays au titre de l'éducation civique de sorte que la presse n'aurait pas à jouer ce rôle premier de la formation civique.

Le problème devient probablement plus aigu lorsque cette ignorance constitutionnelle n'affecte pas seulement la presse, mais aussi une partie de nos dirigeants.

II. L'APPEL LANCE AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DE NE PAS PROMULGUER LA LOI : UN BEL EXEMPLE D'INCULTURE CONSTITUTIONNELLE

Ici, cette ignorance devient problématique parce qu'elle a des effets sur le comportement en tant qu'elle conduit des acteurs politique et syndicaux de notre pays à proposer de solutions qui sont, du point de vue constitutionnel, des absurdités de sorte que l'on monte d'un degré en atteignant le niveau de l'inculture inconstitutionnelle. De ce point de vue, le curieux appel adressé par des opposants au président de la République afin qu'il ne promulgue pas la loi réformant le régime de la retraite mérite un examen circonstancié.

Cet appel public n'est autre que la tribune publiée dans *Le Monde* du 18 mars 2023, au lendemain de la décision du gouvernement de recourir à l'article 49, al. 3 pour faire adopter définitivement le projet de loi sur la réforme de la retraite. Il provient, explique le journal, d'un collectif de membres du *Pacte du pouvoir de vivre*, parmi lesquels le journal a retenu les noms de Laurent Berger (CFDT), Marie-Aleth Grard (ATD Quart Monde), Christophe Robert (Fondation Abbé Pierre) et Najat Vallaud-Belkacem (France Terre d'Asile). Après avoir dénoncé « le coup de tonnerre politique²⁴ » constitué par le recours à cet article de la Constitution pour faire passer la loi, ses auteurs demandent à Emmanuel Macron, le président de la République, « *de ne pas promulguer la loi*²⁵ ».

Il ne s'agira pas ici de discuter la pertinence *politique* d'une telle tribune, qui reprend, en gros, les arguments de la CFDT sur la nécessaire « démocratie sociale », celle devant compléter la démocratie politique, qui serait bafouée par l'unilatéralisme de la décision politique du président Macron. Seule nous intéressera ce que l'on nommera la pertinence *constitutionnelle* d'un tel Appel. Or, en l'occurrence, la

²³ Il serait judicieux d'étendre cela aux nouveaux députés qui découvrent l'Assemblée nationale. Une session accélérée d'une semaine serait indispensable pour qu'ils acquièrent pendant ce laps de temps les rudiments du droit constitutionnel et du droit parlementaire.

²⁴ « Réforme des retraites : "Nous demandons au président de la République de ne pas promulguer la loi" », *Le Monde*, 18 mars 2023. Les auteurs poursuivent : « Les fissures se transforment en fractures et la démocratie risque de vaciller. Le recours au 49.3 pour faire adopter le texte sur la réforme des retraites, après des semaines de mobilisation citoyenne en vain, n'est pas seulement un coup de tonnerre politique. C'est une décision périlleuse qui abîme encore un peu plus la démocratie et le dialogue social. Elle contredit la promesse faite par Emmanuel Macron à l'occasion de l'élection présidentielle de "changer de méthode" et de gouverner avec les forces vives de la nation ».

²⁵ *Ibid.* Les auteurs de cette tribune ajoutent qu'une telle « décision constituerait la première pierre pour refonder un climat de confiance et se donner les chances de mobiliser toute la société afin de construire un avenir commun ».

façon dont les auteurs de cette tribune ont mobilisé la Constitution apparaît d'une singulière maladresse. Ils s'adressent au chef de l'État comme à une instance de dernier recours pour bloquer la réforme et ils le font en lui demandant d'user de ses prérogatives constitutionnelles pour ne pas promulguer la loi « retraite ». Un tel appel équivaut, qu'on le veuille ou non, à demander au président de la République de s'opposer, en dernier recours, à la « volonté²⁶ » manifestée par le Parlement d'adopter cette loi, quelles que soient d'ailleurs les modalités particulières de la procédure législative ici suivie.

A. L'étonnante méconnaissance du rôle du chef de l'État en matière de promulgation de loi

Or, et c'est bien ici tout le problème, le président de la V^e République n'a pas le pouvoir de *refuser* la promulgation d'une loi. En effet, l'article 10 de la Constitution lui attribue le droit de promulguer la loi, mais les juristes qualifient un tel droit de « compétence liée²⁷ », ce qui signifie pour l'essentiel que ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire. Par voie de conséquence, il n'est pas libre de refuser une promulgation d'une loi votée par le Parlement. Certes, il peut *retarder* la promulgation d'une loi, mais jamais, au grand jamais, *l'empêcher*. Il peut, on l'a déjà vu plus haut, saisir de son propre mouvement le Conseil constitutionnel afin de contrôler la constitutionnalité de la loi adoptée (art 61, al. 2), ce qui a pour effet de *suspendre* sa promulgation (art 61, al. 4). Par ailleurs, il peut demander une seconde délibération d'une loi ou de certaines de ses dispositions (art. 10, al. 2) – prérogative clairement comprise comme une *exception* à l'obligation de promulguer qui lui incombe²⁸ et qui a pour effet de suspendre la promulgation. Il doit exercer cette prérogative de concert avec le Premier ministre qui doit la contresigner (voir *infra*, III). C'est d'ailleurs cette solution d'ultime recours que proposa le politiste Bastien François dans un article ultérieur paru dans la presse²⁹. La tribune précitée de Laurent Berger « et consorts » ne fait aucune allusion à cette solution qui avait un fondement constitutionnel certain, à défaut d'avoir une vraisemblance politique. Un citoyen ordinaire lisant une telle tribune acquiert donc la conviction que le président de la République pourrait, de son propre chef, décider de ne pas promulguer une loi quand une large partie des forces vives de la nation l'en implore et s'opposer ainsi au Parlement. Cela s'appelle un droit de veto, et on sait que ce droit fut au centre des principales controverses constitutionnelles sous la Révolution française³⁰.

²⁶ Les guillemets s'expliquent par le fait que l'utilisation de l'article 49, al. 3 repose sur une fiction juridique. On fait comme si la loi avait été adoptée par l'Assemblée nationale (le texte « est considéré comme adopté »), et « comme si » est la marque infailible de la fiction. La volonté de l'Assemblée nationale est considérée comme exprimée alors qu'elle ne l'a pas été vraiment (l'échec de la motion de censure ne peut pas équivaloir à une manifestation de la volonté de ladite Assemblée).

²⁷ Par exemple, J. MASSOT, « Art. 10 », in G. CONAC, F. LUCHAIRE, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2009, p. 389 ou encore J.-P. CAMBY, « Promulgation de la loi et responsabilité politique du chef de l'État », *RDJ*, 2020, p. 574.

²⁸ Art. 10, al. 1^{er} : « Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ».

²⁹ B. FRANÇOIS, « L'article 10 de la Constitution permettrait au président de débloquer la situation sans perdre la face », *Le Monde*, 29 mars 2023.

³⁰ La première occasion où le Roi voulut user de ce droit fut lorsqu'il voulut s'opposer à la promulgation de la Constitution de 1791.

Il est quand même étonnant qu'aucune des nombreuses personnes ayant signé cette tribune et qu'aucun des membres — encore plus nombreux, on le suppose — des entourages de celles-ci qui étaient des dirigeants de syndicats et d'associations d'envergure n'ait perçu le caractère incongru d'une demande faite au chef d'État de refuser la promulgation de la loi. Si une telle requête est un non-sens pour le constitutionnaliste, c'est justement en raison du sens et de la portée de la promulgation de la loi, qui ont été parfaitement exposés par Adhémar Esmein à la fin du XIX^e siècle :

La promulgation est l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif déclare *exécutoire* une loi régulièrement votée par le Corps législatif et donne aux agents de l'autorité publique l'ordre de veiller à son exécution et d'y prêter main-forte au besoin. La nécessité de la promulgation est une conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs. La loi est bien parfaite et définitive lorsqu'elle a été votée par le pouvoir législatif [...] mais elle n'est pas exécutoire tant que la promulgation n'a pas eu lieu³¹.

L'éminent juriste profitait de ces développements pour distinguer clairement la promulgation de la *publication*³², d'une part, et de la *sanction*, d'autre part. C'est sur ce dernier point que la distinction est intéressante, car selon que le chef de l'État a un pouvoir de promulgation ou un pouvoir de sanction de la loi, on peut discerner une différence majeure entre certains régimes constitutionnels. En France, par exemple, on considère que les rois dans les monarchies constitutionnelles avaient davantage le pouvoir de sanctionner la loi qu'un pouvoir de la promulguer. En effet, comme l'explique encore Esmein,

la *sanction* [...] constitue une des prérogatives les plus fortes du pouvoir exécutif : elle fait de la loi une branche même du pouvoir législatif ; alors, en effet, la loi votée par le Corps législatif devient parfaite, ne devient la loi qu'autant qu'elle a été approuvée par le titulaire du pouvoir exécutif qui peut refuser son assentiment absolument et indéfiniment³³.

En d'autres termes, la sanction de la loi est une prérogative typique du chef de l'État qui veut conserver un pouvoir de décision dans une monarchie constitutionnelle. Le glissement de la monarchie constitutionnelle vers la monarchie parlementaire s'effectue précisément lorsque le monarque est tenu de promulguer une loi et ne participe plus à l'élaboration du contenu de la loi. C'est *a fortiori* vrai pour les régimes parlementaires dans lesquels le chef de l'État est un président de la République. Dans ce cas précis, il va de soi qu'il n'a pas un pouvoir de sanction, comme l'expliquait Esmein décrivant le droit constitutionnel de la III^e République. La clé de l'explication est fournie par le principe de séparation des pouvoirs qui interdit au chef de l'Exécutif de s'opposer à la décision du Parlement d'adopter une loi. Il n'y a évidemment aucun précédent sous la V^e République d'une telle volonté présidentielle de s'opposer à la loi. On verra plus loin que le précédent invoqué de

³¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, 2^e éd., Paris, Larose, 1899, p. 464-465

³² « La publication est l'acte du pouvoir exécutif par lequel la loi votée et promulguée est portée à la connaissance des citoyens : elle a pour but de rendre obligatoire la loi à leur égard ; car ils y sont soumis dès que sont expirés les délais après lesquels ils sont présumés en avoir légalement connaissance. », *Ibid.*, p. 465. Sur la distinction entre la publication et la promulgation, on doit désormais se reporter à la thèse de T. RAPTPOULOS, *L'entrée en vigueur de la loi*, Paris, Dalloz, 2020 qui remet en cause les catégories usuelles léguées par le Conseil d'État.

³³ *Ibid.*, p. 465.

l'attitude du président Chirac lors de l'affaire du contrat première embauche (CPE) n'a aucune validité (voir *infra*, III), tout comme le refus du président Mitterrand de signer des Ordonnances en 1986 (1^{ère} cohabitation) ne peut équivaloir à un refus de promulguer une loi.

Ainsi, ce détour par le droit constitutionnel positif et la théorie constitutionnelle prouve, sans conteste, que l'Appel adressé au président de la République à ne pas promulguer était une absurdité du point de vue du droit constitutionnel. Ses auteurs, qui critiquaient pourtant l'autoritarisme du président Macron, n'ont pas vu qu'ils lui confiaient ainsi un pouvoir qu'il n'avait pas et qu'il ne devrait surtout pas avoir dans un régime parlementaire, régime que la V^e République continue à être formellement au moins, même si sa dominante politique est le présidentielisme.

Certes, on nous objectera que cette tribune du 18 mars 2023 ne prétendait certainement pas être une tribune de droit constitutionnel. Le but de ses signataires était purement politique, car ceux-ci voulaient faire revenir à *tout prix* le président de la République sur sa décision de faire adopter cette réforme de la retraite élevant de 62 à 64 ans l'âge légal du départ à la retraite. Mais qui ne voit que cet Appel désespéré au chef de l'État revient en appeler au fait du Prince, c'est-à-dire à subordonner le droit à la politique. Mais surtout, il témoigne d'un imaginaire constitutionnel bien particulier qui est un legs encombrant de la V^e République telle qu'elle fonctionne depuis 1958.

B. En quoi cette inculture constitutionnelle est-elle plus partagée qu'on ne pourrait croire ?

C'est là que la question devient, à notre avis, très intéressante dans la mesure où cette Adresse au chef de l'État révèle, selon nous, un imaginaire constitutionnel saturé par le présidentielisme. Celui-ci, qui caractérise la V^e République, peut se définir, en termes du langage ordinaire, comme consistant à tout faire partir du président de la République et à tout y faire revenir. En termes plus constitutionnels, ce présidentielisme consiste à attribuer au chef de l'État, malgré le caractère formellement parlementaire de la Constitution de 1958, le « pouvoir d'orientation politique³⁴ ». Mais ici par cette requête, les signataires de cette tribune sont allés bien plus loin que ce que l'on connaissait du présidentielisme ordinaire de la V^e République, puisqu'ils imploraient publiquement le chef de l'État d'user d'un prétendu pouvoir discrétionnaire de ne pas promulguer. Or, comme on l'a vu plus haut, demander au président de la République de faire une telle chose, c'était tout simplement *faire litière du principe de séparation des pouvoirs* (voir *supra*, I). On ne peut pas alors s'empêcher de penser que les opposants à la loi sur la retraite, qui sont ici pourtant des opposants au président Macron, sont comme « intoxiqués » par la lecture présidentialiste, même ultra-présidentialiste, de la V^e République de sorte qu'ils en arrivent à attribuer, pour parvenir à leurs fins politiques, une toute-puissance au chef de l'État, y compris le pouvoir d'agir contre la Constitution !...

On ajoutera pour conclure sur ce point que les signataires de cet Appel ne sont pas les seuls à maltraiter le principe de séparation des pouvoirs qui est pourtant un des piliers de toute démocratie constitutionnelle. En effet, et c'est bien pire, le Conseil constitutionnel le fait assez régulièrement. Comme le savent ceux qui consultent sa jurisprudence, ce dernier invoque régulièrement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui mentionne ce principe de sorte qu'il

³⁴ P. LAUVAUX, *Destin du présidentielisme*, Paris PUF, 2002, p. 10.

en perd toute signification précise. Nous avons d'ailleurs eu l'occasion de pourfendre la décision très étrange du Conseil en date du 9 août 2012 (n° 2012-654 DC) qui déclarait contraire à la Constitution un article de la loi de finances rectificative qui prévoyait la diminution du traitement accordé au président de la République, une mesure assez démagogique voulue par le président Hollande pour se démarquer de son prédécesseur (Nicolas Sarkozy). Au terme d'un raisonnement curieux, mais conforme à sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en fixant le traitement du chef de l'État, le Parlement contrevenait à la séparation des pouvoirs interprétée comme synonyme d'une indépendance absolue. Le résultat magnifique de cette décision fut que le chef de l'État décida lui-même par décret d'abaisser son traitement – ce qui suppose qu'il pourrait en sens inverse l'augmenter tout seul. Il en résulte que le Parlement n'est plus maître de l'usage des deniers publics. Face à une telle utilisation aussi absurde du principe de séparation des pouvoirs qui revient à remettre en cause le pouvoir budgétaire, le premier des pouvoirs du Parlement, nous avons qualifié cette décision d'« hérésie constitutionnelle³⁵ » en faisant remarquer qu'« [...] en conférant à l'Exécutif, et notamment au chef de l'État, le pouvoir discrétionnaire de fixer le montant de son traitement, le Conseil constitutionnel a renforcé l'autonomie de l'Exécutif et accru la présidentialisation du régime alors que le Parlement apparaît comme le grand perdant d'une telle décision³⁶ ».

Selon nous, une telle décision prouve, par l'incompréhension manifeste de ce que le principe de séparation des pouvoirs signifie en droit constitutionnel, que le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas de culture constitutionnelle !... Ce constat pourrait sembler exagéré, pour ne pas dire irrévérencieux. Mais il est en tout cas partagé par Denis Baranger qui a étudié de façon systématique la jurisprudence du Conseil constitutionnel en vue de la rédaction de son ouvrage sur la constitution³⁷. Or, lors de sa récente communication au colloque de Strasbourg des 11 et 12 mai 2023 sur « la doctrine et le Conseil constitutionnel », il a exprimé une semblable opinion, avec des arguments que nous reprenons volontiers à notre compte :

Ce dont manque le Conseil constitutionnel, c'est de membres ayant une culture constitutionnelle, un savoir de la constitution, ce qui n'est pas exactement la même chose. La femme ou l'homme politique qui vient au Conseil constitutionnel avec une longue expérience du métier de politique peut fort bien connaître, comme on dit, les institutions "de l'intérieur". Mais cela ne signifie pas que cette personne sera en mesure de faire un usage adéquat de l'idée de séparation des pouvoirs, ou de comprendre ce que c'est que la souveraineté, pour ne prendre que ces deux exemples. Un juriste dit technicien pourra être tout autant privé de cette sorte de savoir. Inversement, un politique comme Robert Jackson, ancien conseiller de FDR [Roosevelt] pendant le New Deal, s'est révélé un éminent juge constitutionnel, notamment parce qu'il comprenait – et, ce qui n'est pas toujours la même chose, était capable de formuler dans ses opinions – le constitutionnalisme et ses idées fondatrices. [...] Voilà où l'on en est en France : le gardien de la Constitution ne connaît pas vraiment la Constitution, et on le voit à la manière

³⁵ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (à propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, vol. V, Paris, Dalloz, 2013, p. 181-221. [Disponible également en ligne : <https://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-traitement-du-president-de-la-republique-une-heresie-constitutionnelle-A-propos-de-la-decision-du-9-aout-2012-660.html>].

³⁶ *Ibid.*

³⁷ D. BARANGER, *La Constitution : sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022.

dont il la formule. Quoi que l'on pense de la justice constitutionnelle américaine – voire de ce que dit le juge britannique de sa propre Constitution – celle-ci est parvenue à un niveau élevé de compréhension – et, inséparablement, de formulation – du droit de la constitution. En France, le défaut de motivation [...] est le reflet d'un manque – probablement irréformable – de culture constitutionnelle. Encore une fois, ce n'est pas la même chose que la compétence juridique. [...]³⁸

Cette citation, un peu longue aggrave notre diagnostic sur le déficit de culture constitutionnelle en l'étendant des citoyens et des acteurs politiques et syndicaux à la juridiction constitutionnelle. Il peut même sembler hautement paradoxal que les gardiens de la Constitution n'aient pas même de culture constitutionnelle. Il faut alors ici tenter une explication de ce phénomène particulier que l'on ne peut pas même imputer à un manque de compétence juridique, comme l'a bien dit Denis Baranger. Selon nous, ce constat a une explication historique : la France est un *pays de légistes* dans lequel le droit constitutionnel est un vernis superficiel qui ne résiste pas à la première écorchure de la réalité politique. Plus exactement, sous la couche légère du droit constitutionnel gît la couche plus profonde de la raison d'État qui peut surgir à tout moment et la couche non négligeable du droit administratif qui est l'ADN de notre droit public, même s'il est désormais un peu corrigé à la marge par le droit des libertés publiques.

On terminera cette recension des cas en invoquant celui de l'invocation récurrente de l'échec du CPE (contrat première embauche) de 2006. Elle apparaît bien singulière pour un constitutionnaliste.

III. L'ÉCHEC DU CPE DE 2006 INVOQUE COMME UN « PRECEDENT » : UNE CURIEUSE LECTURE DE LA PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE PAR L'OPINION PUBLIQUE

Tout au long de cet épisode de la réforme de la retraite, on a mentionné l'échec du CPE (contrat première ébauche), qui date de 2006. Cet épisode au cours duquel la révolte dans la rue avait fait reculer le pouvoir, comme en 1995 avec la grève de la SNCF, fut souvent invoqué comme un précédent permettant « aux contestataires de la réforme des retraites d'espérer³⁹ », c'est-à-dire d'espérer le retrait de la réforme. L'analogie entre les deux cas – CPE et retraite – semble évidente, dans la mesure où l'on retrouve le schéma, archétypal en France, d'un affrontement entre une réforme voulue par le gouvernement qui veut imposer une réforme, jugée indispensable pour le bien du pays, et une opposition politique et syndicale qui mobilise les contestataires dans la rue. En 2006, la mobilisation déboucha sur la victoire de la « démocratie protestataire » de sorte que, dit-on, le pouvoir en place aurait été contraint de se soumettre au « peuple-veto⁴⁰ », selon l'expression de Pierre Rosanvallon. Ce précédent était d'autant plus suggestif que Dominique de Villepin avait utilisé l'article 49, al. 3 pour faire adopter la loi, et que le

³⁸ D. BARANGER, « La jurisprudence constitutionnelle française : méthode ou bricolage? », in S. BENZINA, J. JEANNENEY (dir.), *La doctrine et le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024 (à paraître). Nous remercions l'auteur pour nous avoir autorisé à reproduire ses propos.

³⁹ H. MELCHIOR, « Le précédent du retrait du CPE en 2006 permet aux contestataires de la réforme des retraites d'espérer », *Le Monde*, 22 mars 2023.

⁴⁰ Formule utilisée dans son livre, *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, cité par l'historien Hugues Melchior dans l'article précité.

Conseil constitutionnel avait jugé la loi en question conforme à la constitution. « Si cela a eu lieu cette fois-ci, cela peut se reproduire », a-t-on souvent entendu et une bonne partie de l'opinion publique a été renforcée dans la légitimité de son combat par une telle perspective, ce que l'on peut comprendre.

Toutefois, du point de vue constitutionnel, l'épisode du CPE fut assez différent de celui de la réforme des retraites. L'analogie des deux cas ne pouvait pas cacher le fait que le CPE de 2006 ne pouvait valoir comme un précédent constitutionnel, au sens juridique du terme. L'affaire du CPE est intéressante à étudier par le constitutionnaliste, non pas parce qu'il s'agit d'une reculade du pouvoir exécutif, mais en raison de la manière dont Jacques Chirac, alors président de la République, a usé discrétionnairement de ses pouvoirs pour éteindre la contestation sociale et désavouer son Premier ministre. Elle illustre à merveille le présidentielisme à la française et aussi le fait que les citoyens français, eux aussi victimes de l'*intoxication au présidentielisme*, ont perçu dans ce qui était pourtant un naufrage constitutionnel une sorte de modèle à imiter. Pour comprendre ce point de vue, il convient d'effectuer un retour sur cet épisode historique qui a marqué la fin du second mandat présidentiel de Jacques Chirac.

A. La promulgation-suspension : une invention constitutionnelle douteuse

Cette idée d'un nouveau contrat censé favoriser la première embauche des jeunes (CPE) fut insérée par le gouvernement de Dominique de Villepin, au début du mois de janvier 2006 dans un article spécifique figurant dans la loi relative à l'égalité des chances. Ce projet de loi fut discuté selon la procédure d'urgence, ce qui explique que l'article contenant cet article fut adopté par l'Assemblée nationale dès le 9 février 2006 tandis que la loi était adoptée en première lecture, après l'utilisation de l'article 49, al. 3. Le Sénat, quant à lui, adopta le projet de loi le 6 mars. En dernière lecture, l'Assemblée nationale adopta définitivement le texte de loi, le 11 mars 2006. En même temps qu'avait lieu le débat parlementaire, ce CPE fut vigoureusement contesté dans la rue à la suite de la mobilisation forte des syndicats d'étudiants et d'une coordination intersyndicale. Après l'adoption de la loi, l'opposition saisit le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 30 mars 2006, estima que ce contrat d'un type particulier n'était pas contraire à la constitution. La route était libre pour la promulgation de la loi. La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 « pour l'égalité des chances », contenant le long article 8 relatif au CPE, fut publiée le 2 avril 2006 au Journal Officiel. Le président de la République l'avait bien promulguée, le 31 mars 2006, mais dans des circonstances bien particulières. En effet, dans son allocution télévisée du même jour, il annonça, en même temps que la promulgation de cette loi, qu'il demanderait à ce que son article sur le CPE ne soit pas appliqué. Voici les termes exacts qu'il a employés pour décrire cette pirouette politico-constitutionnelle :

Le Parlement, les élus de la Nation, ont voté la loi sur l'égalité des chances et le Conseil constitutionnel vient de juger cette loi en tout point conforme aux principes et aux valeurs de la République. En démocratie, cela a un sens et doit être respecté. C'est pourquoi j'ai décidé de promulguer cette loi mais aussi parce que je pense que le contrat première embauche peut être un instrument efficace pour l'emploi.

Mais j'ai entendu également les inquiétudes qui s'expriment, chez de nombreux jeunes et chez leurs parents. Et je veux y répondre. C'est pourquoi je demande au Gouvernement de préparer immédiatement deux modifications de la loi sur les points qui ont fait débat. La période de deux ans sera réduite à un an. En cas

de rupture du contrat, le droit du jeune salarié à en connaître les raisons sera inscrit dans la nouvelle loi.

Enfin, je demande au Gouvernement de prendre toutes les dispositions nécessaires pour qu'en pratique, aucun contrat ne puisse être signé sans intégrer pleinement l'ensemble de ces modifications⁴¹.

On verra plus loin comment cette déclaration présidentielle aboutit à l'élaboration d'une nouvelle loi. Mais la finalité politique de cette promulgation-suspension fut clairement énoncée par le président Chirac lors du Conseil des ministres du 12 avril 2006 : il s'agissait essentiellement de « *sortir d'une situation de blocage et poursuivre [la] marche en avant dans le combat pour l'emploi* ». Sur ce point, purement politique, l'analogie du CPE de 2006 avec l'épisode que nous venons d'éviter avec la réforme des retraites est trompeuse. En effet, la réforme du CPE fut retirée en raison de la conjonction improbable de deux événements convergents : d'une part, la santé du chef de l'État qui était encore fragile en raison de l'AVC dont il fut victime en 2005 et qui l'a durablement affaibli⁴², et d'autre part, la lutte aux couteaux tirés entre le Premier ministre, Dominique de Villepin, et son ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, tous deux aspirant à assumer la prochaine présidence de la République. Ce dernier avait passé, dans le dos du premier, une alliance avec l'UNEF, le principal syndical d'étudiants qui menait l'action contre cette réforme⁴³ ; il faisait tout pour enfoncer son Premier ministre qui était son concurrent potentiel à l'élection présidentielle de 2007. Seule cette configuration singulière explique la solution de circonstances qui fut adoptée en mars 2006 par un Président déclinant et surtout confronté aussi à un gouvernement divisé à cause de la lutte féroce pour sa succession.

Quant à la dimension constitutionnelle de cette affaire, elle fut évoquée par les commentaires juridiques de l'époque, comme révélant « un événement douloureux⁴⁴ ». En effet, du point de vue de la science du droit constitutionnel, elle a témoigné de « l'ampleur des contorsions constitutionnelles et politiques auxquelles se sont livrées les autorités de l'État⁴⁵ ». Elle révéla aux citoyens comment un président de la République pouvait « triturer » le droit à sa façon, c'est-à-dire en inventant une figure originale qu'on a notamment appelée « *une promulgation-suspension*⁴⁶ ». Guy Carcassonne d'ailleurs s'amusait à la désigner par le néologisme

⁴¹ Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur la promulgation de la loi sur l'égalité des chances, avec notamment le contrat première embauche, à Paris le 31 mars 2006. [En ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/161235-declaration-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-la-pro>]

⁴² Voir l'article B. GURREY, « Chirac l'absent », *Le Monde*, 23 juin 2006.

⁴³ Les universitaires en ont été les victimes collatérales en juillet 2007 lorsque le président de l'UNEF, Bruno Julliard, obtint une contrepartie de la part de Nicolas Sarkozy qui, devenu président, ordonna à son ministre de l'enseignement supérieur (V. Pécresse) de retirer de son avant-projet de loi sur les universités (LRU) la disposition imposant une sélection à l'entrée du 2^e cycle de l'Université (master).

⁴⁴ P. JAN, « Interprétations politiques de la Constitution », *RDP*, n° 3, 2006, p. 563.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 565.

de « *promul-suspension* » ou de « *sus-omulgation* » de la loi⁴⁷. Du point de vue constitutionnel, son originalité résidait dans ce double fait, hautement paradoxal, d'un chef de l'État promulguant une loi, tout en donnant l'ordre de ne pas la faire appliquer. Si le président Chirac a usé de cette voie particulière et singulière, c'est qu'il était politiquement dans une impasse. En effet, il aurait pu recourir à l'article 10 de la Constitution (seconde délibération, *supra*, §. II), mais une telle demande devait être contresignée par son Premier ministre. Or, Dominique de Villepin avait mis sa démission en balance si cette solution devait lui être imposée par le président de la République.

Mais comment peut-on, en droit constitutionnel, apprécier cette solution « bricolée » dans l'urgence pour sortir d'un blocage politique ? Le moins que l'on puisse dire est qu'elle est difficile à défendre en droit. La critique constitutionnelle la plus sévère fut lancée par l'ancien président Valéry Giscard d'Estaing qui ne rata pas l'occasion de fustiger son ennemi préféré dans les colonnes du *Journal du Dimanche*. Il y écrivit ces phrases redoutables :

Le président de la République, auquel la Constitution fixe comme première mission de « veiller au respect de la Constitution », a signé et promulgué une loi votée par le Parlement. D'une manière surprenante, il annonce le même jour que cette loi ne sera pas appliquée. En vertu de quels pouvoirs⁴⁸ ?

C'était une manière non déguisée d'affirmer qu'une telle initiative du président Chirac ne reposait sur aucun fondement constitutionnel et de laisser entendre qu'elle était inconstitutionnelle.

En réalité, la démarche hétérodoxe de Jacques Chirac revenait, quoi qu'on en dise, à méconnaître l'obligation faite au pouvoir exécutif d'appliquer la loi que le Parlement a votée. Une telle obligation est même assortie de sanctions pénales puisque les articles 432-1 et 432-2 du Code pénal punissent d'amende et de prison (cinq ans) toute personne dépositaire de l'autorité publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, fait échec à l'application de la loi !... Cette action illicite du chef de l'État ressort après coup de la circulaire du Premier ministre du 29 février 2008 « relative à l'application des lois⁴⁹ » qui constitue une sorte de dénonciation rétrospective de la pratique chiraquienne de ne pas appliquer la loi en 2006. Elle contient une mise en garde sévère adressée à tous les ministres :

Faire en sorte que la loi s'applique rapidement, efficacement et de façon conforme à son esprit est un impératif démocratique. Chaque disposition législative qui demeure inappliquée est une marque d'irrespect envers la représentation nationale et de négligence vis-à-vis de nos concitoyens⁵⁰.

Si l'Administration doit appliquer rapidement la loi, on doit en déduire *a contrario* qu'il n'est pas possible d'interdire l'application d'une loi votée par le Parlement, ce qu'a pourtant fait Jacques Chirac en 2006.

D'une certaine manière, le président Chirac a voulu remplacer un droit qu'il n'avait pas, le refus de promulguer une loi, par un autre droit, celui de *déclarer*

⁴⁷ L'expression est citée par J. M. Denquin dans l'ouvrage collectif intitulé *Guy Carcassonne*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 34 – rassemblant les hommages qui lui ont été rendus au Conseil constitutionnel le 10 avril 2014.

⁴⁸ V. GISCARD D'ESTAING, « Pour sortir du borbier » *Le Journal du dimanche*, 4 avril 2006.

⁴⁹ *JORF*, 7 mars 2008, p. 4233.

⁵⁰ *Ibid.*

inapplicable la même loi. Le problème est qu'il n'avait pas davantage un tel droit à sa disposition. L'autre problème que le constitutionnaliste doit relever est qu'une si évidente violation de la Constitution ne peut pas être sanctionnée. En effet, dans le cadre du droit positif français, aucun juge (le Conseil d'État par exemple) ou aucune autorité juridictionnelle (le Conseil constitutionnel) n'était compétent pour estimer qu'une telle déclaration constituait une atteinte à la constitution.

B. L'autre manifestation du présidentielisme : le président dicte le contenu de la loi à la représentation nationale

Afin d'être exhaustif sur cette affaire du CPE, il convient de souligner que la fin du contrat première embauche fut scellée non pas par un prétendu refus présidentiel de promulguer la loi contestée (loi « égalité des chances »), mais par le vote d'une autre loi. En effet, pour obéir aux instructions du chef de l'État précisées dans sa déclaration du 31 mars, fut déposée une nouvelle proposition de loi dont l'unique objet était de revenir sur l'article 8 (relatif au CPE) de « la loi sur l'égalité des chances ». La voie logique de sortie de crise était celle suggérée par Valéry Giscard d'Estaing, dans son article précité du *Journal du Dimanche*. Il y proposait d'abroger l'article 8 de la loi égalité des chances par une autre loi qui disposerait en outre que le reste de la loi déjà promulguée restait applicable. Mais le pouvoir en place a tout fait pour éviter le mot même d'abrogation. La voie choisie fut celle d'une proposition de loi coécrite par les présidents des deux groupes majoritaires (UMP) au Parlement et par le rapporteur à l'Assemblée du projet de loi sur l'égalité des chances.

Commentant le vote à l'Assemblée nationale de celle-ci, le journaliste du *Monde* observait, un brin sarcastique :

Jusqu'au bout, la saga du CPE, déjà riche en innovations sémantiques, législatives et constitutionnelles de toutes sortes, aura réservé son lot d'improvisations. Tout à leur désir d'en finir au plus vite, l'UMP et le gouvernement ont élaboré un texte qui, pour éviter le terme « abrogation », prend quelques libertés avec les usages et les règles constitutionnelles elles-mêmes⁵¹.

Cette nouvelle loi, avec un nouvel intitulé (loi sur « l'accès des jeunes à la vie active en entreprise⁵² »), contenait un article unique dont le seul objet était d'abroger l'ancien article 8. Mais le législateur prit la précaution de ne pas utiliser le verbe adéquat et se borna à énoncer : « dans la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, l'article 8 est remplacé par les dispositions suivantes [...] ». Cette petite finesse légistique et « pseudo-juridique » ne trompait personne car la modification même partielle d'une disposition législative est juridiquement une abrogation.

Les apparences étaient sauvées. Mais l'essentiel pour notre propos est de montrer à quel point le retrait de la réforme du CPE illustre « le présidentielisme à la française ». Rappelons que selon les termes de l'article 39 de la constitution, le pouvoir d'initiative des lois est attribué concurremment au gouvernement et aux parlementaires pris individuellement. Or, dans cette affaire, les parlementaires qui ont pris l'initiative de cette proposition de loi visant à supprimer le CPE, étaient des

⁵¹ P. ROGER, « Comment modifier partiellement un article de loi sans l'abroger », *Le Monde*, 8 avril 2006.

⁵² Loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise (1), *JORF* n° 95 du 22 avril 2006.

membres de la majorité présidentielle (UMP). Ils ont donc agi sur ordre du président de la République qui est dans les faits, à l'origine de cette proposition de loi, comme le prouve sans aucune ambiguïté sa déclaration télévisée du 31 mars 2006. C'est donc bien le Président qui dictait à son gouvernement et à « sa » majorité parlementaire le contenu de la future loi à *faire voter* par le Parlement. Toutefois, en 2006, Jacques Chirac disposait d'une majorité absolue au Parlement (majorité présidentielle), ce qui lui a permis de désavouer publiquement l'action de son gouvernement Villepin.

Mais, ce n'est plus le cas en 2023 puisque, depuis les élections législatives de juin 2022, le président Macron n'a plus de majorité absolue. Toute l'affaire du 49.3 tient au fait qu'il n'a pas réussi à obtenir une majorité absolue pour faire voter la loi. Là encore, l'analogie entre le CPE et la réforme retraite n'est pas concluante. En réalité, on voulait surtout ici démontrer que l'appel à un refus de promulgation de la loi ne pouvait pas davantage s'appuyer sur le « précédent » CPE de 2006. La promulgation-suspension de 2006 n'était pas constitutive d'un refus de promulguer la loi, et elle a en outre le défaut de n'avoir aucun fondement constitutionnel. Vouloir l'ériger en modèle reviendrait à élever au rang de modèle ce qui était un pur fait du Prince auquel ont consenti à l'époque les membres de la majorité politique (pour conserver leur unité) et l'opposition de gauche car cela signifiait pour elle une victoire politique car elle avait soutenu la mobilisation sociale contre cette réforme.

Dès lors, on perçoit la seconde leçon de cette affaire dans la mesure où celle-ci révèle clairement que la culture constitutionnelle française ne pousse pas au respect de la Constitution quand il s'agit de faire primer le fait politique par rapport à la Constitution. Cette unité nationale, entre la droite et la gauche, pour tordre la Constitution afin d'aboutir à une solution politiquement acceptable rejoint ce que l'on a pu constater à propos de l'appel à ne pas promulguer. Dans les deux cas, CPE de 2006 et réforme de la retraite de 2023, il apparaît que, des deux bords de l'échiquier politique, la Constitution est une pure contingence dont on peut se passer à tout moment ou qu'on peut instrumentaliser. Cela vaut aussi bien pour les hommes au pouvoir que leurs opposants. On l'a vu en 2006 quand Jacques Chirac a tenu la Constitution pour quantité négligeable, et aussi en 2023 lorsque le leader syndical, Laurent Berger, appelle le président à exercer un pouvoir (refus de promulguer) qu'il n'a pas. Selon nous, cela prouve tout simplement que l'appel à la raison d'État n'est pas l'apanage de la droite car il est également réparti entre celle-ci et la gauche. L'exemple vient de loin puisque le général de Gaulle représente parfaitement cette conception de la Constitution qui a du mal à être admise par les juristes constitutionnalistes. Faut-il rappeler ici l'opposition de ceux-ci, – très répandue – à l'introduction de l'article 16 dans la Constitution de 1958 ? Elle provenait d'une sorte de réflexe des juristes devant un article qui semblait être purement et simplement la légalisation de l'arbitraire constitutionnel. Le général de Gaulle a tenu bon sur ce point car son imaginaire de militaire l'a emporté sur la conception que se font les juristes de la constitution⁵³. De la même manière, le vigoureux conflit provoqué par l'arrêt Canal entre le Conseil d'État et le général de Gaulle a fait rejaillir cette opposition sur la conception qu'on a de la Constitution et du droit. Selon notre

⁵³ Les travaux récents de N. ROUSSELLIER, *La Force de gouverner*, Paris, Gallimard, 2015 et de G. ANDERSON, *La guerre civile en France, 1958-1962. Du coup d'État gaulliste à la fin de l'OAS*, Paris, La Fabrique, 2018 ont montré l'importance de la guerre dans la conception gaullienne de la constitution.

hypothèse, il n'est pas absurde de penser que ces origines ont perduré et qu'elles ont marqué la culture constitutionnelle française.

Ce recours à la raison d'État n'a pas été absent du double mandat présidentiel de François Mitterrand. Les exemples ne seraient pas difficiles à trouver, mais on se bornera à évoquer la trop fameuse « doctrine Mitterrand ». Celle-ci fut invoquée par le chef de l'État pour offrir une protection de l'État français à des citoyens italiens poursuivis par la justice de leur pays qui les considérait comme des terroristes. Cette politique menée d'abord dans le plus grand secret entre 1981 et 1985 n'avait aucun fondement constitutionnel et créait un pur arbitraire dans le traitement accordé à certains Italiens et à d'autres, tous réfugiés sur le sol français. On sait que Cesare Battisti en profita, ce qui en dit assez long sur la pertinence d'une telle politique louée par une certaine intelligentsia⁵⁴.

Ainsi, cette tendance récurrente de subordonner le droit à la politique et de tolérer une raison d'État aux contours flous n'est en France, l'apanage d'aucun parti, d'aucune force politique ni d'aucune force syndicale. Il est une sorte de réflexe qui est un trait culturel en France. Il en résulte que la Constitution risque à tout moment d'être relativisée ou encore, s'il le faut, d'être mise en parenthèses ou suspendue. On doit alors conclure cette étude par cette observation selon laquelle *la notion de culture constitutionnelle ici utilisée est celle de culture constitutionnaliste*. La notion d'inculture constitutionnelle que nous avons introduite pour décrire le comportement ou l'éthos politico-juridique française visait à démontrer qu'en France, beaucoup de citoyens et d'acteurs perçoivent la Constitution comme n'étant rien d'autre qu'un moyen efficace de gouverner un État. Or, ce n'est pas du tout la vision constitutionnaliste de la constitution.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'université Paris Panthéon-Assas, Directeur-adjoint de l'Institut Michel Villey.

⁵⁴ On renvoie sur ce point à notre article « Quelques éclaircissements sur la “doctrine Mitterrand” sur la non-extradition des terroristes italiens : une page peu glorieuse de la V^e République », in *Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Conte*, Paris, Lexis-Nexis, 2023, p. 59 et suiv. (à paraître).

Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites

Il n'est pas exceptionnel qu'une décision du Conseil constitutionnel fasse l'objet d'une attention particulière des médias et de la doctrine. Un exemple est la décision de janvier 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes¹. Lors du délibéré, le rapporteur, Georges Vedel, déclarait :

La bataille autour du projet a été si âpre que, contrairement à ce qui advint en d'autres circonstances, les controverses au Parlement et dans la presse nous apportent finalement peu de lumière sur ce qui est notre sujet : la conformité ou la non-conformité à la Constitution de la loi qui nous est soumise. Sans doute a-t-on beaucoup parlé ou écrit sur l'inconstitutionnalité. Mais les analyses sont restées très partisans et très superficielles. Même les professeurs de droit se sont plutôt exprimés en termes de manifestes collectifs que de dissertations juridiques².

Il faut cependant admettre que l'intérêt dont ont fait l'objet les décisions du Conseil constitutionnel portant sur la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023³ et les deux propositions de loi déposées dans le cadre de la procédure de référendum d'initiative partagée⁴ n'avait guère de précédent. Rarement depuis 1959 avait-on vu un tel projecteur médiatique placé sur le Conseil constitutionnel afin d'analyser sa composition, l'appartenance politique de ses membres ou son fonctionnement interne⁵.

Cela s'explique par un contexte singulier dans l'histoire de la V^e République : un gouvernement qui ne dispose que d'une majorité relative à l'Assemblée nationale ; une réforme des retraites visant à reporter l'âge légal de départ à la retraite

¹ Cons. const., n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

² G. VEDEL, *in* Cons. const., séance du 20 janvier 1981, p. 4.

³ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

⁴ Cons. const., n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023, Proposition de loi visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans ; Cons. const., n° 2023-5 RIP du 3 mai 2023, Proposition de loi visant à interdire un âge légal de départ à la retraite supérieur à 62 ans.

⁵ Voir par ex. S. DE ROYER, « Réforme des retraites : le Conseil constitutionnel dans le rôle d'arbitre », *Le Monde*, 31 mars 2023.

de 62 à 64 ans rejetée par l'opinion publique ; le recours à la procédure très inhabituelle du projet de loi de financement rectificative pour introduire une réforme d'ampleur cumulé à l'utilisation de plusieurs instruments constitutionnels pour forcer son adoption face à une Assemblée nationale rétive ; le dépôt de deux propositions de loi de référendum d'initiative partagée ayant pour objet de faire échec à cette réforme. C'est donc avant tout la stratégie du Gouvernement visant à faire adopter une réforme des retraites impopulaire et sans majorité absolue à la chambre basse par des moyens contestés qui explique la controverse politico-constitutionnelle des premiers mois de 2023. Cela s'est traduit par de nombreuses interventions de constitutionnalistes dans les médias, et en particulier dans les colonnes du journal *Le Monde*, visant à anticiper ou à commenter les décisions du juge constitutionnel relatives à cette réforme⁶.

Mais ce qui a sans doute le plus marqué durant cette séquence est l'attente suscitée par la saisine du Conseil parmi les opposants à la réforme. Le juge constitutionnel fut invité à être un véritable contre-pouvoir en empêchant la promulgation par le président de la République d'une loi controversée ou encore en permettant aux Français de se prononcer directement sur le report de l'âge légal de départ à la retraite par le truchement d'un référendum d'initiative partagée. Au regard de la motivation et du sens des décisions du Conseil, on peut comprendre que ces espoirs aient été largement déçus.

Cependant, cette attente était largement fondée sur une forme « d'inculture constitutionnelle⁷ ». La déception engendrée par les décisions de la Haute instance est en partie la conséquence d'un décalage entre la représentation que se font les médias et la classe politique de l'institution et la réalité connue de la doctrine spécialisée. C'est sans doute d'ailleurs le principal apport de cet épisode : il a permis

⁶ Sans prétention à l'exhaustivité, voir notamment : S. BENZINA, « Une censure globale de la réforme des retraites par le Conseil constitutionnel est peu probable », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; I. BOUCOZZA, A. CAMUS, V. CHAMPEIL-DESPLATS et *al.*, « Le Conseil constitutionnel va-t-il oser ne pas censurer la réforme des retraites ? », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; M. CARPENTIER, « Réflexions hâtives sur la notion de "réforme" et le référendum d'initiative partagée », *Blog Droit objectif*, 15 avril 2023 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le RIP est à tort perçu comme un moyen pour les citoyens de faire valoir une revendication forte », *Le Monde*, 15 avril 2023 ; A. LEVADE, « Réforme des retraites : deux décisions prévisibles », *Le Club des Juristes*, 15 avril 2023 ; D. BARANGER, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; S. BENZINA, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des retraites », *La Grande Conversation*, 16 avril 2023 ; D. ROUSSEAU, « Réforme des retraites : La décision du Conseil constitutionnel s'impose mais, parce qu'elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; A. VIALA, « Réforme des retraites : « La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République », *Le Monde*, 18 avril 2023 ; D. MAUS, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; D. CHAGNOLLAUD, « Réforme des retraites : "Sur le plan du contrôle *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel n'existerait pas qu'on ne s'en rendrait pas vraiment compte" », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Réforme des retraites : Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il rejeté la demande de Référendum d'Initiative Partagée ? (Et devrait rejeter celle qui est encore pendante devant lui) ? », *Le club des juristes*, 16 avril 2023 ; O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *Le Monde*, 25 avril 2023 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel rejette la seconde demande de Référendum d'initiative partagée : quel avenir pour le RIP ? », *Le club des juristes*, 9 mai 2023.

⁷ Voir O. BEAUD, « Quelques réflexions sur l'inculture constitutionnelle française révélée par l'épisode de la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n° 30, dans ce numéro.

de faire mieux comprendre ce qu'est la justice constitutionnelle à la française et ses limites. En particulier, les trois décisions rendues dans un espace de quelques semaines ont jeté une lumière crue sur la propension du Conseil à interpréter la Constitution de manière opportuniste (I). Elles ne peuvent en outre se comprendre qu'au regard du cadre spécifique du contrôle de constitutionnalité à la française (II).

I. UNE INTERPRÉTATION OPPORTUNISTE DE LA CONSTITUTION

Les trois décisions rendues dans le cadre de la réforme des retraites démontrent que le Conseil constitutionnel ne retient pas la même méthode interprétative selon les actes qu'il contrôle⁸. Ainsi, il a fait le choix d'une interprétation littérale de la Constitution le conduisant à refuser de censurer la loi de financement rectificative au regard de sa procédure d'adoption (A). Au contraire, il a mobilisé une interprétation exégétique afin de constater que les propositions de loi de référendum d'initiative partagée étaient irrecevables (B).

A. Une interprétation littérale permettant d'éviter les vices de procédure de la loi de financement rectificative

La loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023 a d'abord été déférée au Conseil constitutionnel par la Première ministre sans qu'elle ne formule de grief⁹. Ce sont donc dans les deux saisines de députés et la saisine de sénateurs que sont soulevés les moyens, principalement de procédure, formulés à l'encontre de la loi. La plupart de ces griefs présentaient un intérêt limité dans la mesure où ils avaient peu de chance de prospérer au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, les moyens assez classiques excipés de la méconnaissance des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire¹⁰ ou de sincérité de la loi ont été, comme à l'accoutumée, rejetés par le Conseil. Cela interroge d'ailleurs l'intérêt de soulever de tels griefs, tant les exigences constitutionnelles en cause semblent relever de simples objectifs non contrôlés voire de la pure rhétorique. De même, la contestation du choix de la Première ministre d'engager la responsabilité

⁸ Voir également en ce sens : E. BOTTINI, M. BOUAZIZ, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme*, 2023. Les trois auteurs notent aussi que : « En combinant, d'une part, une position de retrait et de déférence et, d'autre part, un contrôle très scrupuleux en fonction des acteurs contrôlés, le Conseil adopte deux attitudes difficilement réconciliables ; cela ne peut s'expliquer que par le choix d'une différence de traitement entre les pouvoirs publics qu'il est censé "réguler" ».

⁹ La saisine de la Première ministre était manifestement irrecevable, car elle s'est contentée de saisir le Conseil constitutionnel sans formuler aucun grief de constitutionnalité. Or, il faut rappeler que le Conseil a adopté un règlement intérieur de procédure le 11 mars 2022 dont l'article 2 prévoit spécifiquement que la saisine doit mentionner les dispositions législatives sur lesquelles le Conseil doit se prononcer ainsi que les exigences constitutionnelles susceptibles d'avoir été violées. Le juge constitutionnel n'a étonnamment pas saisi l'opportunité d'une telle saisine blanche pour rappeler les conditions de recevabilité qu'il venait d'introduire.

¹⁰ Les parlementaires estimaient que plusieurs étapes de la procédure avaient conduit à violer les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire et le droit d'amendement, notamment : la procédure suivie par la conférence des présidents de l'Assemblée pour choisir la motion visant à soumettre le projet de loi au référendum au vote, le recours au vote bloqué, le recours à la procédure de clôture des débats au Sénat ou encore la véracité de certains documents ou informations transmis par le Gouvernement durant les débats.

du Gouvernement sur le vote de l'ensemble du projet de loi lors de la lecture suivant la commission mixte paritaire, alors que les règles organiques d'adoption d'une loi de financement de la Sécurité sociale supposent en principe deux votes successifs sur les deux parties de la loi¹¹, n'avait aucune chance de prospérer. En effet, le Conseil considère, comme il l'avait déjà fait quelques semaines plus tôt dans une situation similaire¹², que la lecture suivant les conclusions de la commission mixte paritaire est une étape particulière de la procédure législative qui « prive de sens une méthode d'adoption de la loi qui consisterait à procéder par une succession de votes sur ses différentes parties¹³ ». La Première ministre peut donc, à ce stade, engager la responsabilité du Gouvernement sur l'ensemble du texte sans avoir à faire voter chacune des parties successivement. Sur le fond, et au regard de la jurisprudence antérieure¹⁴, les griefs portant sur le cœur de la réforme, le report de l'âge légal de départ à la retraite, n'avaient guère plus de chance d'aboutir. En effet, si la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités est une exigence constitutionnelle, le Conseil rappelle que c'est au législateur « de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées » pour satisfaire cette exigence¹⁵. En d'autres termes, le législateur dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire dont la seule limite, théorique, est la privation de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

Il y avait cependant des griefs plus novateurs comme celui contestant l'application des délais prévus à l'article 47-1 de la Constitution pour les lois de financements de la Sécurité sociale aux lois de financement rectificatives. Il s'agissait d'une question inédite. Toutefois, le Conseil ayant transposé les délais prévus à l'article 47 de la Constitution pour les lois de finances aux lois de finances rectificatives¹⁶, il y avait peu de suspense quant au fait qu'il transposerait, par analogie, un tel raisonnement aux lois de financement rectificatives dès lors que ces dernières sont bien des lois de financements de la Sécurité sociale et obéissent donc au même régime constitutionnel¹⁷. D'ailleurs, l'application des délais des lois de financement aux lois de financement rectificatives avait été envisagée dès les travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 22 février 1996¹⁸.

¹¹ Article L.O. 111-7-1 du Code de la sécurité sociale.

¹² Voir en ce sens : Cons. const., n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2023, § 3-11.

¹³ Commentaire officiel de la décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, p. 13.

¹⁴ Voir Cons. const., n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, § 8-9.

¹⁵ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023, § 91.

¹⁶ Cons. const., n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, § 3.

¹⁷ L'article LO 111-3 Code de la sécurité sociale dispose qu'« [o]nt le caractère de loi de financement de la sécurité sociale : 1. La loi de financement de la sécurité sociale de l'année ; 2. La loi de financement rectificative de la sécurité sociale ; 3. La loi d'approbation des comptes de la sécurité sociale ».

¹⁸ P. GELARD, *Rapport n° 188 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant les lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 46. À propos de la suspension des délais d'examen d'une loi de financement lorsque le Parlement n'est pas en session, le rapporteur observe que « l'Assemblée nationale a jugé cette disposition nécessaire à

Un autre moyen intéressant était celui invoquant la violation de la Constitution compte tenu de la mobilisation cumulative par le Gouvernement de la procédure et des délais dérogatoires de l'article 47-1, de l'article 49 alinéa 3, du vote bloqué de l'article 44 de la Constitution et de certaines dispositions du règlement du Sénat¹⁹. Cette accumulation aurait méconnu les exigences de bon déroulement du débat démocratique ainsi que de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Mais un tel grief avait là encore peu de chance d'aboutir compte tenu de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel. S'il considère que « le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins²⁰ », il n'en a jamais tiré de conséquences réelles lors de son contrôle. Le Conseil a ainsi toujours refusé de censurer l'utilisation cumulative de procédures constitutionnelles même dans les cas extrêmes, analogues à la séquence des retraites²¹. Ainsi, le Gouvernement de Michel Rocard, qui ne disposait que d'une majorité relative à l'Assemblée, a fait adopter en 1990 la loi de programmation relative à l'équipement militaire sans jamais obtenir un vote favorable des deux chambres du Parlement sur ce texte²². Plus récemment, le Gouvernement de Manuel Valls, qui faisait face à une fronde d'une partie de sa majorité, a mobilisé la procédure accélérée (art. 45 al. 2), l'engagement de sa responsabilité à trois reprises (art. 49 al. 3), et le dernier mot à l'Assemblée nationale (art. 45 al. 4) pour faire adopter la loi de réforme du Code du travail en 2016²³. En d'autres termes, cette réforme d'ampleur fut adoptée en dépit du rejet du Sénat et de l'absence de vote de l'Assemblée nationale sur le texte. Dans ces deux hypothèses, le Conseil constitutionnel a été saisi et a jugé que la loi avait été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution²⁴.

partir du moment où la possibilité d'examiner en cours d'année des lois de financement rectificatives a été explicitement inscrite dans le projet de révision, faute de quoi le délai total de cinquante jours aurait pu continuer à courir durant une intersession ou pendant des semaines où l'une ou l'autre des deux assemblées déciderait de ne pas tenir en séance ».

¹⁹ Les sénateurs requérants contestaient l'utilisation des articles 38 (clôture de la discussion), 44 (examen en priorité d'amendements à la demande de la commission saisie au fond) et 44 bis (irrecevabilité de sous-amendements) du règlement du Sénat.

²⁰ Cons. const., 95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, § 10.

²¹ *Ibid.*, § 13. Le Conseil juge en l'espèce que « la circonstance que plusieurs procédures aient été utilisées cumulativement, sans être contraires à la Constitution, pour accélérer l'examen de la loi dont s'agit, n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnelle l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi ».

²² Loi de programmation n° 90-32 du 10 janvier 1990 relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993.

²³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁴ Cons. const., n° 89-264 DC du 9 janvier 1990, Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993, § 6 ; Cons. const., n° 2016-736 DC du 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, § 11.

En conséquence, même s'il admet le caractère « inhabituel » de cette accumulation de procédures dans le cadre de l'examen de la réforme des retraites, le Conseil va rejeter le grief en jugeant que

la circonstance que plusieurs procédures prévues par la Constitution et par les règlements des assemblées aient été utilisées cumulativement pour accélérer l'examen de la loi déferée, n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnel l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi²⁵.

Le juge s'appuie alors sur une interprétation littérale de la Constitution : aucune disposition constitutionnelle n'interdit au Gouvernement de cumuler les procédures pour faire adopter un texte, un tel cumul n'est donc pas inconstitutionnel. Il s'agit d'un raisonnement qui « consiste à énoncer que ce qui n'est pas interdit par la Constitution est donc permis par elle²⁶ » qu'il avait par exemple employé pour justifier la constitutionnalité du régime d'état d'urgence malgré l'absence de base constitutionnelle²⁷. Cette interprétation littérale était déjà celle qu'il avait mobilisée en 1995 pour refuser de censurer une accumulation similaire de procédures²⁸. Lors de la délibération, un membre de l'institution résumait cette position : « nous sommes là pour juger du respect de la lettre de la Constitution et non de son esprit²⁹ ». Cette interprétation littérale et le raisonnement qu'elle induit sont un bon moyen pour le Conseil d'éluder la question centrale posée par cette accumulation : le cumul des procédures du parlementarisme rationalisé était-il de nature à compromettre le bon déroulement du débat démocratique et le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, en particulier du Parlement qui doit pouvoir exercer sa fonction législative sans contrainte excessive ? En se contentant d'indiquer que la Constitution n'interdit pas un tel cumul de procédures, le Conseil ne répond pas sur ce point central aux parlementaires requérants. Le juge constitutionnel a ici manqué l'occasion de transposer à l'examen de la procédure d'adoption de la loi le contrôle de proportionnalité réservé aux droits et libertés constitutionnels. Ainsi, des mesures législatives prises séparément peuvent être conformes à la Constitution, mais leur cumul peut entraîner une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté constitutionnels³⁰. Un raisonnement analogue aurait pu être tenu pour la procédure législative lorsque les droits du Parlement sont en cause : si chacune des procédures utilisées par le Gouvernement est conforme à la Constitution, leur accumulation pourrait avoir pour effet de limiter le bon déroulement du débat démocratique et les prérogatives législatives du Parlement au point que cela

²⁵ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, § 69.

²⁶ O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2018, p. 99.

²⁷ Cons. const., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, § 4.

²⁸ Cons. const., 95-370 DC du 30 décembre 1995.

²⁹ E. DAILLY in Cons. const., séance du 30 décembre 1995, p. 14.

³⁰ C'est par exemple le cas en matière de sanctions qui, prises isolément, peuvent être constitutionnelles, mais deviennent inconstitutionnelles lorsqu'elles peuvent être cumulées pour réprimer les mêmes faits et protéger les mêmes intérêts sociaux. Voir par exemple : Cons. const., n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, *Société Akka technologies et autres [Sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence]* ; Cons. const., 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, *Société Novaxia développement et autres [Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers]*.

constituerait une atteinte disproportionnée à ces exigences constitutionnelles. Il s'agirait alors d'une forme de contrôle de l'« abus de droit³¹ » du Gouvernement.

Un autre grief d'une particulière pertinence était celui fondé sur le détournement de procédure. Les parlementaires requérants s'appuyaient sur ce qu'ils considéraient être l'intention du constituant de 1996, qui a introduit l'article 47-1 dans la Constitution, pour arguer que les lois de financement rectificatives ne pouvaient être utilisées qu'en présence de certaines situations d'urgence, lors de circonstances exceptionnelles, ou afin de corriger des déséquilibres financiers majeurs. C'est encore par un tour de passe-passe interprétatif que le Conseil constitutionnel arrive, contre toute évidence, à la conclusion que le recours par le Gouvernement à une loi de financement rectificative de la Sécurité sociale ne constitue pas un détournement de procédure. Pour ce faire, le juge utilise deux techniques. D'une part, il retient de nouveau une interprétation littérale de la Constitution et des dispositions organiques en arguant qu'elles n'imposent aucune autre condition que celles qui sont spécifiquement prévues par elles. Autrement dit, pour le Conseil, les normes de référence applicables n'interdisent pas au Gouvernement de choisir opportunément une loi de financement rectificative de la Sécurité sociale dès lors que la réforme introduite relève soit du domaine obligatoire d'une telle loi, soit du domaine facultatif prévu à l'article L.O. 111-3-12 du Code de la Sécurité sociale. Le contrôle du juge constitutionnel se limite alors à vérifier que la réforme entre dans le champ matériel d'une loi de financement rectificative.

D'autre part, le Conseil emploie un raccourci argumentatif qui lui permet de fondre le mobile du Gouvernement dans celui du législateur. Cette technique l'autorise à affirmer qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur » dans le choix de recourir à une loi de financement rectificative plutôt qu'à une loi ordinaire. Ce faisant, le choix du Gouvernement ne peut pas être contrôlé par le juge constitutionnel, car cela le conduirait à empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. Mais un tel raisonnement laisse le lecteur dans une grande perplexité. En l'occurrence, il était reproché au Gouvernement d'avoir mobilisé la procédure de la loi de financement rectificative afin de bénéficier de la procédure d'examen accélérée prévue par l'article 47-1 de la Constitution et ainsi d'empêcher l'obstruction voire le blocage de la loi au Parlement. À partir du moment où la loi a été adoptée par le Parlement, le Conseil constitutionnel présume, de manière irréfutable semble-t-il, que ce choix a été approuvé par le législateur. Un tel raisonnement présente une difficulté de taille : en l'espèce, le choix du Gouvernement de recourir à la procédure de l'article 47-1 faisait l'objet d'une forte opposition parlementaire et la loi n'a été définitivement adoptée par le Parlement qu'à la faveur du recours à l'article 49 al. 3 de la Constitution. Au regard de la procédure et des conditions d'adoption de la loi, il ne pouvait être raisonnablement défendu que le Parlement, et au moins l'Assemblée nationale, soutenait le choix du Gouvernement de recourir à l'article 47-1. Pourtant, le juge constitutionnel transforme le mobile du Gouvernement en celui du législateur. On comprend alors pourquoi la Haute instance ne cite pas son considérant de principe habituel selon lequel elle ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement³² ». Le recours à la

³¹ O. BEAUD, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023.

³² Cons. const., n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 41.

notion plus floue de « législateur » lui permet d'éviter le sérieux décalage qu'aurait produit la mention du pouvoir général d'appréciation et de décision du Parlement dès lors qu'est avant tout en cause la décision du Gouvernement de recourir à une loi de financement rectificative. Surtout, le raisonnement du Conseil implique que le Gouvernement puisse détourner autant de procédures qu'il le souhaite dès lors qu'*in fine* le texte est adopté par le Parlement, même par la voie de l'article 49 al. 3, et devient donc celui du « législateur » qui dispose d'un certain degré d'immunité dans le choix des procédures mobilisées.

Ces artifices argumentatifs évitent au Conseil de questionner le choix du Gouvernement et donc d'exercer un contrôle du détournement de procédure auquel il semble d'ailleurs avoir renoncé depuis plusieurs années³³. Ce refus d'exercer un contrôle était d'autant plus impératif, qu'il existait un faisceau d'indices concordants d'un détournement de procédure que la Haute instance n'aurait pu écarter aisément.

D'abord, il ressort des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 22 février 1996, que pour les députés, les lois de financement rectificatif de la Sécurité sociale « pourront venir modifier en cours d'année les objectifs de dépenses de la Sécurité sociale, au vu des évolutions constatées ou pour tirer les conséquences de l'adoption de nouvelles mesures affectant ces dépenses³⁴ ». De même, pour les sénateurs, si ces lois pouvaient « se révéler nécessaire[s] pour prendre en compte d'éventuels bouleversements des conditions générales de l'équilibre ou encore pour revoir à la baisse ou à la hausse certains objectifs de dépenses³⁵ », elles n'auraient vocation à être employées « qu'en cas d'absolue nécessité, faute de quoi la loi d'équilibre y perdrait une part de sa portée³⁶ ». Ces travaux, complétés par ceux relatifs à la loi organique³⁷, impliquent que les lois de financement rectificatives n'avaient vocation à être introduites que de manière exceptionnelle afin de corriger les éventuels déséquilibres qui affecteraient la loi de financement initiale du fait d'évènements ultérieurs affectant les comptes de la Sécurité sociale. Dans le cas d'espèce, le recours à une loi de financement rectificative pour une réforme des

³³ Voir en ce sens : V. GOESEL-LE BIHAN, « Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation », *RFDA*, 2016, n° 6, p. 1251-1261. L'auteure retrace l'abandon du contrôle du détournement de procédure à la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-5 LP du 27 février 2015, Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces.

³⁴ P. MAZEAUD, *Rapport n° 2490 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant la loi d'équilibre de la sécurité sociale*, A.N., 1996.

³⁵ P. GELARD, *Rapport n° 188 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant les lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 44.

³⁶ *Ibid.*, p. 45.

³⁷ Voir en ce sens : P. GELARD, *Rapport n° 375 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale sur le projet de loi organique relatif aux lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 46. Le rapporteur souligne en ce sens que : « les lois de financement rectificatives devront demeurer exceptionnelles, ainsi que cela a été plusieurs fois souligné lors des débats sur la révision ». Il ajoute : « il semble que l'intervention d'une loi de financement rectificative ne se justifierait que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple un bouleversement très important en cours d'année des conditions de l'équilibre financier de la sécurité sociale ou, le cas échéant, un changement de majorité parlementaire suivi de la formation d'un nouveau Gouvernement ».

retraites n'apparaît pas conforme à l'intention du constituant et du législateur organique. En effet, la loi de financement rectificative pour 2023 n'a pas vocation à corriger les déséquilibres de la loi de financement initiale. En ce sens, le rapport de la commission des affaires sociales du Sénat note que la loi de financement rectificative présente « des comptes pour 2023 quasiment inchangés par rapport à la LFSS » et que « si ce projet de loi porte une réforme des retraites appelée à avoir un fort impact sur les comptes de la Sécurité sociale, cet effet n'interviendra qu'à terme³⁸ ». Le Conseil avait bien connaissance de ces travaux préparatoires qui sont largement cités dans le commentaire officiel de la décision³⁹. On peut donc être particulièrement surpris de la motivation de la décision qui explique qu'il ne ressort pas « des travaux préparatoires des dispositions organiques en vigueur » que le recours à une loi rectificative est soumis à d'autres conditions que celles expressément prévues par la loi organique. Il est d'ailleurs remarquable qu'à l'invocation des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de 1996 par les parlementaires, le Conseil réponde en s'appuyant sur les travaux préparatoires des dispositions organiques. Or, si les évolutions ultérieures de la législation organique ont effectivement conduit à étendre le champ du domaine facultatif des lois de financement rectificatives⁴⁰, il n'en reste pas moins que cette évolution ne peut s'appréhender qu'en lien avec la manière dont le constituant a pensé l'article 47-1 de la Constitution. À moins de considérer que l'intention du législateur organique prime sur celle du constituant.

Ensuite, la censure par le Conseil constitutionnel d'un certain nombre de cavaliers sociaux⁴¹, qui se trouvaient dans le projet de loi du Gouvernement, est un indice supplémentaire du détournement de procédure. Si la censure de cavaliers sociaux est relativement habituelle lors du contrôle des lois de financement de la Sécurité sociale, elle présente ici quelques singularités. D'abord, la plupart de ces cavaliers avaient été identifiés par le Conseil d'État dès l'avant-projet de loi et ont pourtant été maintenus par le Gouvernement⁴². La raison est sans doute que ces dispositions étaient perçues comme indispensables à l'équilibre général de la réforme des retraites. En outre, il faut relever que ces dispositions n'auraient pas été

³⁸ E. DOINEAU, *Rapport n° 375 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale*, Sénat, 2023, p. 5.

³⁹ Commentaire officiel de la décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, p. 2-7 et p. 10-11.

⁴⁰ Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. Cette loi remplace la règle selon laquelle « les lois de financement de la sécurité sociale ne peuvent comporter que des dispositions affectant directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base » par la règle selon laquelle : « peuvent figurer dans la partie de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année comprenant les dispositions relatives à l'année en cours [...] les dispositions ayant un effet sur les recettes des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement » (nos italiques).

⁴¹ Le Conseil a censuré comme cavaliers sociaux : l'article 2 (index sénior), l'article 3 (contrat de travail sénior), l'article 6 (organisation du recouvrement des cotisations sociales), certaines dispositions de l'article 10 (départ anticipé pour certains fonctionnaires), certaines dispositions de l'article 17 (suivi des salariés exposés à des risques professionnels) et l'article 27 (information des assurés concernant le système de retraite).

⁴² CE, 19 janvier 2023, note sur le projet de loi de financements rectificative de la sécurité sociale pour 2023, §. 11-16. Le Conseil d'État souligne la nature de cavaliers sociaux des dispositions relatives à l'index sénior, à l'organisation du recouvrement des cotisations et au départ anticipé de certains fonctionnaires.

censurées par le Conseil si elles avaient été introduites dans un projet de loi ordinaire : elles ont bien un lien avec un projet de loi de réforme des retraites et n'auraient donc pas constitué des cavaliers législatifs. Elles ne sont censurées ici qu'en raison des règles spécifiques concernant le domaine matériel des lois de financement de la Sécurité sociale. Qu'une partie de la loi ait dû être censurée comme ne ressortissant pas au domaine d'une loi de financement rectificative est un indice significatif du caractère inapproprié d'un projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour porter une réforme des retraites. Les censures du Conseil constitutionnel ont ainsi pour effet de déséquilibrer le texte, et donc la réforme, en l'expurgeant de certaines contreparties au report de l'âge légal de départ à la retraite.

Enfin, le Conseil constitutionnel avait bien conscience que le recours à une loi de financement rectificative ne pouvait s'expliquer que par le souhait du Gouvernement de bénéficier d'une procédure dérogatoire qui lui était plus favorable. Le juge constitutionnel constate effectivement que

les dispositions relatives à la réforme des retraites, qui ne relèvent pas de ce domaine obligatoire [d'une loi de financement rectificative], auraient pu figurer dans une loi ordinaire.

Or, la possibilité pour le Gouvernement de choisir le support de sa réforme des retraites n'était pas absolument évidente. La Constitution prévoit plusieurs catégories de lois (lois constitutionnelles, organiques, ordinaires, de finances et de financement) avec leurs procédures et domaines propres. Le choix entre ces catégories n'est pas à la discrétion du Gouvernement ou du Parlement, mais s'impose au regard du domaine matériel respectif de chaque catégorie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel censure les cavaliers financiers ou sociaux. Certes, les lois de financement sont constituées d'un domaine facultatif auquel pouvait raisonnablement se rattacher la réforme des retraites. Cependant, il appartient au seul juge constitutionnel de définir la portée de ce domaine facultatif lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi. En particulier, la règle selon laquelle une disposition doit avoir « un effet sur les recettes des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement » aurait pu être appréhendée de manière beaucoup plus restrictive en lien avec la manière dont l'article 47-1 de la Constitution et les lois de financement rectificatives ont été pensés par le constituant et le législateur organique. Cela aurait été d'autant plus aisé en l'espèce que la réforme des retraites n'avait que des effets minimes sur l'année 2023. Par ailleurs, même en admettant l'hypothèse d'un chevauchement entre les domaines matériels de deux catégories de lois, le Conseil constitutionnel aurait pu opposer, *mutatis mutandis*, une forme « d'exception de recours parallèle⁴³ ». Dit autrement, le Gouvernement n'aurait pas la liberté de la procédure par laquelle il fait adopter une réforme, mais devrait faire le choix du support le plus approprié à l'objet de son texte. Les précédentes réformes des retraites avaient toujours été introduites par des lois ordinaires, ce qui signale, avec la censure des cavaliers sociaux, que la procédure législative ordinaire était la voie la plus appropriée.

Ce choix d'une interprétation littérale des dispositions constitutionnelles et organiques apparaît d'autant plus surprenant lorsqu'il est mis en parallèle avec les

⁴³ B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2021, p. 325. Les auteurs rappellent qu'en contentieux administratif, « [l']irrecevabilité d'un recours [...] se manifeste ensuite au travers de l'exception de recours parallèle. Cette dernière est opposée au demandeur qui exerce un recours autre que celui spécifiquement adapté à ses prétentions et qu'il pouvait intenter ».

décisions 2023-4 RIP et 2023-5 RIP. Dans ces deux décisions, le juge constitutionnel est beaucoup plus enclin à s'appuyer sur une interprétation exégétique de l'article 11 de la Constitution afin d'apprécier la recevabilité des propositions de loi qui lui sont soumises dans le cadre du référendum d'initiative partagée.

B. Une interprétation exégétique permettant de prévenir un détournement de la procédure référendaire

L'introduction d'un « référendum d'initiative populaire » avait été proposée, sans succès, dès le projet de révision constitutionnelle de 1993⁴⁴. Cette procédure ne sera finalement introduite dans la Constitution que par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et rebaptisée en « référendum d'initiative partagée » à la faveur d'initiatives parlementaires et d'aménagements conséquents. Le constituant de 2008 a pour l'essentiel repris les suggestions du comité Balladur⁴⁵ reprenant lui-même les propositions du comité Vedel⁴⁶. Ainsi, l'article 11 prévoit qu'

un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales.

Un tel référendum prend la forme d'une proposition de loi contrôlée par le Conseil constitutionnel. Dire que cette procédure n'a fait l'objet que de peu d'engouement pourrait relever de la litote. Aux conditions particulièrement restrictives de mise en œuvre⁴⁷, s'est ajoutée une inertie du législateur organique qui a attendu plus de cinq ans pour adopter les mesures d'application des dispositions constitutionnelles⁴⁸. Restait à savoir si le contrôle du Conseil constitutionnel serait de nature à faire vivre cette nouvelle procédure ou au contraire à la rendre inutilisable. La première proposition de loi de référendum d'initiative partagée dont a été saisi le Conseil constitutionnel, en 2019, visait à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris⁴⁹. Les parlementaires d'opposition entendaient ainsi faire échec au projet de loi pour la croissance et la transformation des entreprises, dont l'adoption définitive était imminente, et qui prévoyait

⁴⁴ Article 6 du projet de loi constitutionnelle n° 232 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et relatif à l'organisation des pouvoirs publics. Cet article prévoyait l'organisation d'un référendum à « l'initiative d'un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales dans chaque département et territoire ».

⁴⁵ E. BALLADUR (dir.), *Une V^e République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, Paris, Fayard, La Documentation française, 2008, p. 74-75.

⁴⁶ G. VEDEL (dir.), *Propositions pour une révision de la Constitution*, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, Rapport au président de la République, 15 février 1993, § 38. Le comité avait d'ailleurs proposé que cette nouvelle procédure s'intitule « référendum d'initiative minoritaire ».

⁴⁷ Voir notamment : F. HAMON, « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », *RFDC*, 2014, n° 98, p. 253-268 ; M. VERPEAUX, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP G.*, 2014, n° 5, p. 219-225.

⁴⁸ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution.

⁴⁹ Cons. const., n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*.

la privatisation de ces aérodromes⁵⁰. Le Conseil devait alors déterminer si une telle proposition était recevable compte tenu de la condition prévue à l'article 11 de la Constitution selon laquelle un référendum d'initiative partagée ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Le Gouvernement estimait, en s'appuyant sur les travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de 2008, que l'intention du constituant était bien d'empêcher « que ce référendum ne devienne une arme de contestation d'une nouvelle législation et pour ainsi dire d'obstruction du travail du législateur⁵¹ ». Une telle proposition de loi était, selon le Gouvernement, nécessairement irrecevable car constitutive d'un détournement de procédure. Il invitait donc le Conseil à retenir une interprétation de l'article 11 et des dispositions organiques applicables⁵² fidèle à l'intention du constituant. Toutefois, la Haute instance va faire le choix de s'appuyer sur une interprétation littérale des textes conduisant à considérer que la loi n'étant pas encore promulguée à la date d'enregistrement de la saisine, la proposition n'avait donc pas pour objet l'abrogation d'une disposition promulguée depuis moins d'un an.

Cette interprétation a eu le mérite d'ouvrir des potentialités inattendues au référendum d'initiative partagée : il devenait un moyen, théorique, pour l'opposition de s'opposer à l'adoption d'une réforme voulue par la majorité⁵³. Toutefois, le Conseil constitutionnel va rapidement retenir une interprétation de l'article 11 de nature à prévenir le détournement de procédure que sa décision de 2019 avait permis. Ainsi, dès sa décision 2022-3 RIP du 25 octobre 2022⁵⁴, il va s'appuyer sur un nouveau critère, non évoqué dans sa décision de 2019, qui conditionne la recevabilité de la proposition au fait qu'elle constitue une véritable réforme de la politique économique, sociale ou environnementale de la nation. En l'espèce, il va juger que la création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises ne porte pas sur une réforme relative à la politique économique de la nation. Si la motivation de la décision est cryptique, les commentaires officiels indiquent que, selon les travaux parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle de 1995,

La notion de « réforme » a ainsi été conçue comme renvoyant à des projets législatifs d'une certaine ampleur, porteurs de changements importants pour les citoyens appelés à participer à la consultation référendaire, quel que soit le domaine – économique ou social – couvert⁵⁵.

⁵⁰ Articles 130 à 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁵¹ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1009 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, AN, 2009, p. 67. v.

⁵² L'article 45-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 dispose que : « Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi : [...] Que son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ».

⁵³ Voir M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La décision n° 1-2019 RIP ou quand un mécanisme voué à l'échec devient un véritable atout pour l'opposition », *RFDC*, 2019, n° 120, p. 999-1010.

⁵⁴ Cons. const., n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, *Proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises*.

⁵⁵ Commentaire officiel de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, p. 6.

Le juge constitutionnel a donc abandonné une interprétation littérale pour lui préférer cette fois-ci une interprétation exégétique de l'article 11 de la Constitution. Cela le conduit à estimer que la simple augmentation d'une imposition visant à abonder le budget de l'État ne constitue pas une modification d'ampleur du droit et donc une « réforme » au sens de l'article 11 de la Constitution.

C'est par un raisonnement analogue que la Haute instance va juger irrecevables les deux propositions de loi de référendum d'initiative partagé visant à faire échec au projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023. La première proposition de loi était constituée d'un article unique prévoyant que l'âge d'ouverture du droit à pension ne peut être fixé au-delà de 62 ans⁵⁶. Le juge constitutionnel va estimer qu'une telle proposition est irrecevable en ce qu'elle ne modifie pas l'état du droit à la date à laquelle le Conseil a été saisi dans la mesure où la législation prévoyait déjà un âge de départ à la retraite à 62 ans. Le Conseil a alors choisi de se placer à la date d'enregistrement de la saisine et non à la date de sa décision pour apprécier l'existence ou non d'une réforme. Ce choix ne s'imposait cependant pas en ce que l'article 45-2 dispose seulement que la Haute instance vérifie que la proposition de loi

respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel.

Une interprétation littérale de ces dispositions pouvait conduire le juge constitutionnel à estimer qu'il n'a à se placer à la date de l'enregistrement de la saisine que pour la détermination du respect des délais prévus par l'article 11, non pour le respect des autres conditions de recevabilité. Ainsi, rien dans les dispositions de la Constitution ou de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 ne faisaient obstacle à ce que le Conseil décide d'apprécier les conditions de recevabilité, autre que les délais, à la date de sa décision⁵⁷.

Cet aspect de la date à laquelle se place le Conseil pour apprécier l'existence d'une « réforme » pourrait apparaître technique, mais il a des conséquences importantes sur la recevabilité des propositions de loi visant à faire obstacle à un texte en cours d'examen au Parlement. En effet, ces propositions ne peuvent plus se contenter de prévoir un retour à l'état du droit antérieur à la réforme contestée, qui n'a par définition pas encore été promulguée à la date d'enregistrement de la saisine, car elle ne sera pas considérée comme une réforme au sens de l'article 11. Cela est parfaitement illustré par la seconde proposition de loi de référendum d'initiative partagée qui n'a été examinée par le Conseil constitutionnel que postérieurement à la promulgation de la loi de réforme des retraites⁵⁸. En l'espèce, les parlementaires avaient repris, avec quelques modifications mineures⁵⁹, l'article 1^{er} de la

⁵⁶ Proposition de loi n° 503 présentée en application de l'article 11 de la Constitution visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, A.N., 20 mars 2023.

⁵⁷ Pour un point de vue similaire, voir M. CARPENTIER, « Réflexions hâtives sur la notion de “réforme” et le référendum d'initiative partagée », *Blog Droit objectif*, 15 avril 2023.

⁵⁸ Si la proposition de loi a été déposée devant le Conseil le 13 avril 2023, il n'a rendu sa décision que le 3 mai alors que la loi de financement rectificative avait été promulguée le 14 avril.

⁵⁹ La première proposition de loi prévoyait que l'âge de départ à la retraite « ne peut être fixé au-delà de soixante-deux ans » alors que la seconde prévoyait que cet âge « ne peut être supérieur à soixante-deux ans ».

précédente proposition de loi tout en y ajoutant un second article visant à augmenter le taux d'imposition à la contribution sociale généralisée des revenus du patrimoine afin d'augmenter la contribution des revenus du capital au financement des retraites. Ce second article avait clairement pour objet de répondre à l'argumentaire du Gouvernement selon lequel la première proposition ne modifiait pas véritablement l'état du droit⁶⁰. Il n'en reste pas moins qu'en se plaçant toujours à la date d'enregistrement de la saisine, qui était antérieure à la promulgation de la loi, le Conseil a jugé que l'article 1^{er} ne changeait pas l'état du droit et que l'article 2 modifiait certes la législation, mais pas dans une ampleur insuffisante pour constituer une réforme relative à la politique sociale au sens de l'article 11.

Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans la décision relative à la loi réformant les retraites apparaît en miroir inversé à celui tenu dans ses deux décisions relatives au référendum d'initiative partagée. Ainsi, dans la première décision, il se refuse à interpréter autrement que littéralement la Constitution afin de ne pas avoir à sanctionner un détournement de procédure du Gouvernement. Il se réfugie par ailleurs derrière le pouvoir d'appréciation du législateur dans le choix de la procédure pour ne pas avoir à apprécier le mobile du Gouvernement. *A contrario*, dans sa seconde décision, il choisit une interprétation exégétique lui permettant de prévenir le détournement de procédure que constituerait l'utilisation du référendum d'initiative partagée afin de s'opposer à un texte en cours d'examen au Parlement. Il refuse en outre de considérer qu'en matière de contrôle d'une proposition de loi de référendum d'initiative partagée, le principe selon lequel il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » est applicable. En effet, le Conseil se réserve le droit de contrôler l'« ampleur » de la modification proposée. Il s'agit d'un contrôle particulièrement intrusif dans les choix politiques des parlementaires puisque le juge constitutionnel se fait maître de ce qu'est une réforme au sens de l'article 11. Cela est en clair contraste avec les référendums à l'initiative de l'exécutif qui ne sont quant à eux soumis qu'à un contrôle limité⁶¹. De plus, il n'est guère aisé d'identifier quels sont les critères d'appréciation de la Haute instance, d'autant plus que le critère même de l'« ampleur » de la réforme n'est pas évoqué par les décisions, mais seulement par les commentaires officiels. En l'occurrence, si les parlementaires avaient déposé une proposition de loi réduisant l'âge légal de départ à la retraite à 61 ans et onze mois, le Conseil l'aurait-il jugé recevable car constituant une véritable « réforme » ?

Ces différences de contrôle pourraient être attribuées au fait que le Conseil n'a pas exactement le même office lorsqu'il contrôle la loi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution et lorsqu'il contrôle une proposition de loi en application de l'article 11. On sous-estimerait alors grandement le pouvoir du juge constitutionnel dans la détermination de ses propres offices. Il nous semble plutôt que la différence de contrôle entre la décision sur la loi de réforme des retraites et les décisions relatives aux propositions de référendum d'initiative partagée doit être recherchée dans les méthodes du Conseil constitutionnel qui sont fondées sur une forme d'op-

⁶⁰ Observations du Gouvernement sur la proposition de loi visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, 24 mars 2023.

⁶¹ Voir notamment : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1040-1048.

portunisme interprétatif. Ces trois décisions montrent que la méthode d'interprétation de la Constitution retenue par la Haute instance ainsi que l'intensité de son contrôle sont avant tout conditionnées par le sens de la décision qu'il entend prendre et qui doit être de nature à préserver ce qu'il considère être l'efficacité du système de gouvernement de la V^e République.

II. UN CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE CAPTIF DE SON CADRE D'EXERCICE

Les solutions retenues dans le cadre de l'examen des textes relatifs à la réforme des retraites s'expliquent en grande partie par le fait que, d'une part, le juge constitutionnel a une approche essentiellement finaliste de son contrôle de constitutionnalité (A). D'autre part, il est contraint par un contrôle de constitutionnalité *a priori* qui favorise peu les décisions ambitieuses et une réflexion constitutionnelle approfondie (B).

A. Une conception finaliste du contrôle de constitutionnalité

La motivation des trois décisions du Conseil constitutionnel relatives à la réforme des retraites présente les difficultés habituelles. Le juge constitutionnel retient une approche « hyperformaliste⁶² » : il apparaît déduire logiquement des méthodes de son contrôle et/ou de certaines normes de référence la solution aux griefs de constitutionnalité invoqués par les requérants. Ainsi, si le Gouvernement n'a pas commis de détournement de procédure, c'est que, selon le Conseil, il ne se déduit pas de la Constitution et des dispositions organiques qu'il ne pouvait mobiliser une loi de financement rectificative pour réformer les retraites. En outre, il se déduit des méthodes de son contrôle que le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du support le plus approprié à sa réforme des retraites, le Conseil ne peut donc pas contrôler une telle décision. Les fragilités de cette motivation, et du raisonnement dont elle est le support, sont particulièrement visibles. Les déductions du Conseil pour arriver à la solution choisie n'ont rien de logique ou d'évident. Il n'est pas évident qu'il ressorte des normes de référence que le Gouvernement pouvait recourir à une loi de financement rectificative ou que le Conseil ne peut contrôler ce choix au regard du pouvoir discrétionnaire du législateur. Il n'est pas non plus évident ou logique que le Conseil se place à la date de l'enregistrement de la saisine d'une proposition de loi de référendum d'initiative partagée pour déterminer si ses dispositions prévoient ou non une réforme au sens de l'article 11. Les déductions de la Haute instance s'apparentent à des affirmations péremptoires déguisées. Si certains commentateurs ont pu défendre la position du Conseil et la juger « juridiquement incontestable⁶³ », les limites de sa motivation sont au contraire le symptôme des difficultés pour le juge à justifier juridiquement les solutions retenues.

⁶² D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 5.

⁶³ J.-P. CAMBY, « La réforme des retraites promulguée, le RIP écarté, les institutions malmenées ! », *LPA*, 2023, n° 4, p. 11-15.

En tout état de cause, ces trois décisions s'inscrivent dans une tendance structurelle du Conseil constitutionnel, qui peut être qualifiée de doctrine de l'institution, qui consiste à faire prévaloir l'efficacité de l'action publique, donc sa finalité, sur la protection des règles constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit de règles procédurales. La censure régulière par le Conseil de cavaliers législatif peut donner l'impression d'une institution particulièrement attentive au respect des règles de procédure. Cependant, historiquement, le juge constitutionnel français est particulièrement réticent à censurer une loi dans son intégralité pour une violation d'une règle de procédure. Ainsi, depuis 1959, dix-sept lois seulement ont été entièrement censurées, sur plus de 746 contrôlées, et parmi celles-ci, huit l'ont été pour violation d'une règle de procédure⁶⁴. Ce faible taux de censure s'explique notamment par le fait que le juge constitutionnel français appréhende les violations des règles de procédure par le truchement d'un raisonnement conséquentialiste⁶⁵. Il apprécie donc la violation de la règle procédurale en lien avec les conséquences d'une censure totale de la loi. Cela apparaît clairement dans sa décision du 26 mars 2020 à propos de la suspension des délais d'examen des QPC⁶⁶. Si la violation des délais minimaux d'examen d'une loi organique prévus à l'article 46 de la Constitution était manifeste, le Conseil ne censurerait pas « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce ». Ainsi, au regard de l'urgence et de la situation sanitaire, les conséquences de la censure seraient excessives compte tenu du but poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la bonne administration de la justice. Dans une décision du 6 juillet 1976⁶⁷, il avait déjà recouru à un raisonnement analogue. En l'occurrence, le rapporteur, Georges-Léon Dubois, concluait à la censure de la loi organique au regard de la violation, là aussi, du délai minimal prévu par l'article 46 de la Constitution, avant lequel une assemblée est autorisée à délibérer sur un projet ou une proposition de loi organique. Le rapporteur fait alors cette proposition de censure « avec d'autant plus d'aisance que la loi qui lui en offre l'occasion est une loi mineure, sans implication politique⁶⁸ ». Mais une majorité va se dégager contre la proposition du rapporteur au regard d'arguments qui sont, de l'aveu même d'un membre, plus « de moralité, d'opportunité, que d'un juridisme

⁶⁴ Cons. const., n° 77-91 DC du 18 janvier 1978, Loi complémentaire à la loi du 2 août 1960 et relative aux rapports entre l'État et l'enseignement agricole privé ; 79-110 DC du 24 décembre 1979, Loi de finances pour 1980 ; 80-122 DC du 22 juillet 1980, Loi rendant applicable le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer ; 85-190 DC du 24 juillet 1985, Loi portant règlement définitif du budget de 1983 ; 89-263 DC du 11 janvier 1990, Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du président de la République et de celle des députés ; 99-420 DC du 16 décembre 1999, Loi organique relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants ; 2011-632 DC du 23 juin 2011, Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région ; 2012-655 DC du 24 octobre 2012, Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région.

⁶⁵ Voir sur ce sujet : S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, T. 147.

⁶⁶ Cons. const., n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁶⁷ Cons. const., n° 76-66 DC du 6 juillet 1976, Loi organique modifiant l'article 67 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature et introduisant dans ladite ordonnance un article 17-1.

⁶⁸ G.-L. DUBOIS in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 10.

inattaquable⁶⁹ ». Il est ainsi soutenu par certains conseillers « qu'il serait ridicule de s'opposer à la promulgation de ce texte pour une raison de pure forme⁷⁰ » ou qu'« une décision de non-conformité donnerait certainement l'impression que le Conseil constitutionnel veut jouer au maître d'école tatillon⁷¹ ». La Haute instance déclarera la loi conforme à la Constitution en se contentant d'affirmer, sans autre précision, que la loi a été adoptée « dans le respect de la procédure prévue à l'article 46 ». Un autre exemple est la décision du 30 décembre 1995 au cours de laquelle une majorité de membres du Conseil se dégage contre une censure fondée sur l'accumulation de procédure constitutionnelle pour forcer l'adoption de la loi⁷². Lors des débats, il ressort très clairement que les procédures mobilisées par le Gouvernement sont perçues comme impératives au regard de l'abus du droit d'amendement par les parlementaires qui en avaient déposé plusieurs milliers. Or, cette obstruction aurait « pour effet d'empêcher le fonctionnement des pouvoirs publics⁷³ », d'où la nécessité de donner au Gouvernement les moyens d'agir, même via un cumul de procédures.

Cette tendance du juge constitutionnel à appréhender les méthodes et les normes de référence de son contrôle à travers une perspective finaliste est largement favorisée par le contexte de ces dernières décennies. Dans un cadre économique mondialisé où l'État n'est plus qu'un pourvoyeur de règles encadrant des marchés, l'efficacité de l'action publique devient l'une des principales préoccupations des élites politiques et administratives⁷⁴, qui constituent le vivier principal de membres du Conseil constitutionnel. D'autant que la place du droit dans la formation à l'École nationale d'administration (ENA) a significativement décliné à partir des années 1970 pour faire place à des savoirs économiques et de gestion⁷⁵. Le droit n'est plus enseigné comme étant le cadre structurant de l'action publique, mais présenté comme une des données qui doit être conciliée avec les « savoirs managériaux⁷⁶ ». L'ENA ayant été la principale pourvoyeuse de membres du Conseil d'État, il n'est donc guère surprenant que le principe de légalité soit progressivement passé de la raison d'être du contrôle du juge administratif à un paramètre qui doit être accordé avec d'autres considérations liées à l'environnement, en particulier économique, dans lequel intervient le juge. Ainsi, la doctrine administrativiste se fait depuis plusieurs années l'écho de l'évolution de la jurisprudence administrative qui tend à privilégier la sécurité juridique sur le principe de légalité⁷⁷. Cette

⁶⁹ P. CHATENET in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 14.

⁷⁰ F. GOGUEL in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 15.

⁷¹ R. FREY in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 15.

⁷² Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, précit.

⁷³ M. AMELLER in Cons. const., séance du 30 décembre 1995, p. 16.

⁷⁴ Voir par exemple P. MULLER, *La société de l'efficacité globale*, Paris, PUF, 2015, p. 94-95. L'auteur relève qu'à partir des années 1970-80 va apparaître un régime d'action publique qu'il qualifie d'« État managérial ». Il ajoute que « [l]e management public doit s'aligner sur les modes de gestion de l'entreprise, car la norme est désormais celle de l'efficacité et surtout de l'efficience (le rapport coûts-résultats) des politiques publiques ».

⁷⁵ L. ISRAËL, R. VANNEUVILLE, « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, vol. 72, p. 141-162, spé. p. 143.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voir notamment en ce sens le dossier : « Légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ? », *AJDA*, 2019, n° 19, p. 1086-1115.

tendance est illustrée, dans le rapport 2021 du Conseil d'État sur l'état d'urgence, par une formule topique : « le droit est au service de l'action publique et non l'inverse⁷⁸ ». Il en ressort que le droit, fût-il constitutionnel, ne peut constituer un obstacle absolu à l'action publique, en particulier lorsqu'elle émane d'autorités politiques élues.

Au regard de la composition du la Haute instance et de l'influence qu'exerce historiquement sur elle les membres du Conseil d'État, notamment par le biais du secrétaire général, il n'est pas surprenant que la jurisprudence constitutionnelle soit emprunte de cette même conception finaliste. On peut ainsi raisonnablement penser que confrontés à la question de la conformité de la procédure d'adoption de la loi de financement rectificative, les membres du Conseil constitutionnel ont considéré qu'une interprétation littérale s'imposait d'autant plus facilement qu'elle permettait d'éviter la censure. En effet, une déclaration d'inconstitutionnalité aurait eu des conséquences significatives en ce qu'elle aurait probablement définitivement empêché l'adoption de la réforme des retraites, tant il aurait été difficile pour le Gouvernement, au regard du contexte politique, de revenir devant le Parlement avec le même projet. Or, la réforme des retraites était jugée « indispensable » par l'exécutif compte tenu de l'évolution démographique et des déséquilibres des régimes obligatoires⁷⁹. *A contrario*, une interprétation exégétique des dispositions de l'article 11 de la Constitution devait apparaître d'autant plus opportune aux membres du Conseil qu'elle permettait de fermer la porte à un détournement de procédure qui aurait permis d'entraver l'action du législateur en autorisant les oppositions à déclencher des référendums sur des projets de loi contestés. La préoccupation du juge constitutionnel français pour l'efficacité de l'action du législateur semble donc bien être une clé de compréhension de ses choix interprétatifs.

À cela s'ajoute le fait que derrière la protection de l'action du législateur, le Conseil constitutionnel protège surtout les prérogatives du Gouvernement qui est, sous la V^e République, à l'initiative de l'essentiel de la législation. Il faut rappeler que la Haute instance a été pensée comme un instrument de rationalisation du parlementarisme, elle se refuse toujours à jouer un rôle à contreemploi de modérateur de cette rationalisation. Parce que son ADN est celui d'un « chien de garde de l'exécutif », le Conseil est enfermé dans une forme de déterminisme constitutionnel et ne semble pas concevoir une interprétation de la Constitution de nature à limiter les prérogatives ou les marges de manœuvre de l'exécutif. La doctrine du Conseil constitutionnel selon laquelle l'action politique ne doit pas être entravée de manière trop significative par les règles de droit, combinée à un tropisme pour la protection des prérogatives du Gouvernement, le mène donc naturellement à retenir une interprétation de la Constitution favorable à l'action de l'exécutif, quitte à lui créer des « franchises constitutionnelles ». Cela explique par exemple la manière

⁷⁸ Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contrainte*, Paris, La documentation française, 2021, p. 13

⁷⁹ Dans sa présentation du projet de loi, le ministre du Travail, Olivier Dussopt, déclare : « Nous n'avons plus le luxe de pouvoir nous voiler la face ; l'immobilisme n'est plus permis. [...] L'hypothèse centrale retient dès 2023 un déficit de 1,8 milliard, qui se creuse rapidement : 12,4 milliards en 2027, autant dire demain, 13,5 milliards en 2030, 25 milliards en 2040. Autrement dit, rester passif, c'est se préparer à accumuler en dix ans 150 milliards de déficit, que devront gérer les générations futures ! » (Compte-rendu des séances du 6 février 2023, A.N., p. 857).

dont le juge constitutionnel interprète la séparation des pouvoirs dans un sens protecteur de l'exécutif⁸⁰. Les trois décisions relatives à la réforme des retraites s'insèrent dans cette tendance et illustrent le fait que le Conseil constitutionnel n'entend pas être une entrave à la pratique présidentielle de la V^e République⁸¹. Cela est d'autant plus facile que le Conseil intervient dans le cadre du contrôle *a priori* qui n'est guère propice à une réflexion approfondie et donc à une remise en cause des tendances de fond qui déterminent son contrôle.

B. L'impasse du contrôle *a priori*

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* est « très primitif⁸² » en ce qu'il impose au juge constitutionnel français de trancher les griefs de constitutionnalité portés contre la loi dans un délai très court. Ces éléments sont bien connus⁸³, mais sont souvent sous-estimés ou éludés lorsqu'il s'agit de comprendre les décisions de la Haute instance. Les trois décisions rendues par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la réforme des retraites confirment, s'il y en avait besoin, toutes les limites du contrôle de constitutionnalité *a priori*, et ce à deux égards.

En premier lieu, le contrôle *a priori*, que ce soit dans le cadre de l'article 11 ou 61 de la Constitution, contraint le Conseil constitutionnel à statuer rapidement après l'adoption définitive de la loi par le Parlement. Ce laps de temps très court implique que la décision du juge constitutionnel intervient dans un contexte où les controverses politiques et médiatiques entourant l'adoption de la loi sont encore très vives. Cela encourage l'attention particulière portée par le Conseil sur les effets politiques de ses décisions et peut le rendre particulièrement conservateur. Lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi sur le fondement de l'article 61, le juge constitutionnel peut être réticent à censurer la loi alors qu'il dispose d'un

⁸⁰ Voir notamment en ce sens : M. ALTWEG-BOUSSAC, « “Un mal qui répand la terreur” : l'information du parlement », *Blog Jus Politicum*, 18 mai 2020. L'auteure note en ce sens qu'« [i]l a fallu quelque temps pour que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, suivie par le Conseil d'État, façonne sur mesure un principe juridique, à teinte gaullienne, de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire orienté tout naturellement vers la protection de l'exécutif ». Voir aussi : O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013.

⁸¹ Voir en ce sens : D. BARANGER, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023. L'auteur estime en ce sens que le Conseil « a persisté sur la voie qui est la sienne depuis 1958 : être le gardien scrupuleux des prérogatives très larges que donne à l'exécutif une constitution de parlementarisme dit “rationnalisé” ». Voir aussi : E. BOTTINI, M. BOUAZIZ et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme*, 2023. Les trois auteurs considèrent quant à elles que « le Conseil constitutionnel contribue activement à libérer l'exécutif des contraintes qui pourraient peser sur lui ».

⁸² M. FROMONT in « Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* : débat à propos de la suppression du contrôle *a priori* en Espagne », *AJJC*, 1987, n° 1-1985, p. 88.

⁸³ Voir notamment en ce sens C.-E. SENAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, 2015, p. 265 et s. ; M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, Mare & Martin, 2020, p. 363 et s. ; C.-E. SENAC, « La contrainte du temps et la protection des libertés par le Conseil constitutionnel », in S. BENZINA (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 41-64.

temps réduit pour examiner de manière approfondie le texte soumis. Cette procédure est donc peu propice à un « changement de logiciel⁸⁴ » ou à ce qu'il fasse « preuve d'audace⁸⁵ » : elle conduit à un contrôle superficiel et rarement ambitieux. Cette forme d'aversion au risque du juge constitutionnel est particulièrement marquée lorsque sa décision pourrait avoir des conséquences non maîtrisées ou mal anticipées par lui. La censure de la loi sur le fondement du détournement de procédure ou de l'accumulation des recours aux procédures constitutionnelles aurait pu avoir pour effet de limiter significativement les facultés du Gouvernement à faire adopter des réformes alors qu'il ne dispose que d'une majorité relative à l'Assemblée nationale. De même, en jugeant les propositions de loi de référendum d'initiative partagée recevables, le juge constitutionnel aurait ouvert la voie à une évolution du régime permettant aux oppositions de contourner la majorité présidentielle en donnant potentiellement aux citoyens le dernier mot. Cela aurait été de nature à réduire le poids du système représentatif et donc la puissance du président de la République. Or, les trois décisions rendues dans le cadre de la réforme des retraites sont le signe très net que le Conseil n'entend pas être l'institution qui remettra en cause le déséquilibre institutionnel de la V^e République, il n'est pas à cet égard « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics⁸⁶ ». Les décisions relatives aux retraites confirment que le Conseil constitutionnel ne souhaite pas jouer un rôle de véritable contre-pouvoir institutionnel, notamment en protégeant les droits du Parlement et des oppositions parlementaires de l'hégémonie de la majorité présidentielle.

En second lieu, le contrôle *a priori* est une procédure dont la nature favorise le consensus au détriment d'une véritable logique délibérative imposant une réflexion complexe sur la Constitution. La précipitation dans laquelle le Conseil doit se prononcer structure l'organisation et le fonctionnement de l'institution. Elle est peu favorable au développement d'une véritable pensée constitutionnelle par les membres. Les contraintes du contrôle *a priori* sont en outre aggravées par la composition de l'institution et le refus des présidents successifs d'accorder des assistants aux membres qui les aideraient à former une pensée ou même à se faire une opinion propre sur l'affaire indépendamment du rapporteur et du service juridique⁸⁷. Dominique Schnapper relevait d'ailleurs de son passage au Conseil constitutionnel le fait que :

les réflexions générales ou quelque peu philosophiques que je peux avancer sur les décisions ne sont guère appréciées lors des plénières : « C'est l'affaire de la doctrine », me dit poliment mais fermement un « politique⁸⁸ ».

Cette carence de la réflexion constitutionnelle est apparue clairement lors de l'examen de la loi de financement rectificative. Des indiscretions à la presse ont ainsi révélé que la décision de ne pas censurer la loi de réforme des retraites aurait

⁸⁴ O. BEAUD, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Cons. const., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, § 2.

⁸⁷ Les demandes des membres du Conseil de recruter des assistants personnels se voient systématiquement opposées une fin de non-recevoir par les présidents successifs du Conseil. Voir par exemple Cons. const., séance du 23 juin 1995, p. 13.

⁸⁸ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 167-168.

fait très largement consensus, seul le président du Conseil n'était pas favorable à une déclaration de conformité⁸⁹. L'absence d'un dissensus sur un sujet aussi controversé pourrait surprendre tant la décision rendue par le Conseil ne s'imposait pas de manière évidente. Mais un dissensus supposerait que les membres soient en désaccord sur l'interprétation de la Constitution et plus généralement sur la manière de penser le droit constitutionnel français. Le consensus n'est alors pas la marque de l'évidence de la solution choisie, mais au contraire l'absence d'un véritable « savoir de la Constitution⁹⁰ » permettant aux membres de confronter des points de vue contraire. En d'autres termes, faute d'une pensée constitutionnelle, les membres du Conseil n'ont guère de raisons, autres que politiques, de s'opposer à la solution proposée par le rapporteur avec l'aide du service juridique. Certes, il existe tout de même une doctrine au Conseil constitutionnel comme évoqué ci-dessus. Il ne faut cependant pas confondre une doctrine du contrôle de constitutionnalité et une doctrine de la Constitution. S'il ne fait guère de doute qu'il existe des principes directeurs du contrôle de constitutionnalité qui forment une doctrine de l'institution, que ce soit l'importance de ne pas entraver l'efficacité de l'action du législateur ou la protection des prérogatives de l'exécutif, cela n'équivaut pas à une pensée générale sur la Constitution. À bien des égards, dans la jurisprudence constitutionnelle, la Constitution s'apparente plus à une liste de principes, exigences et règles constitutionnels hétérogènes et disparates, c'est-à-dire à « un catalogue de “normes”⁹¹ », qu'à un ensemble pensé de manière cohérente et faisant système.

Les décisions d'avril et mai 2023 font la démonstration que le Conseil n'appréhende la Constitution que de manière utilitariste et en silo plutôt qu'en tant que système dont chaque pièce ne peut être bougée sans affecter l'ensemble⁹². Ainsi, il conclut à l'absence de détournement de procédure par le Gouvernement en s'appuyant sur une interprétation littérale des dispositions de l'article 47-1 de la Constitution car cela lui permet d'éviter, dans le cas d'espèce, la censure. Mais ce choix est fait sans penser à la manière dont une telle interprétation s'insère dans l'édifice constitutionnel et les conséquences sur le fonctionnement du régime institué par la Constitution. En l'occurrence, le fait que le Gouvernement puisse désormais recourir librement à des lois de financement rectificatives pour introduire des réformes sociales d'ampleur n'est pas de nature à maintenir le *statu quo* institutionnel, mais pourrait renforcer encore davantage le déséquilibre institutionnel au profit de l'exécutif et constituer une limitation forte des prérogatives législatives du

⁸⁹ N. SCHUCK, « Comment Fabius a voulu censurer Macron sur les retraites », *Le Point*, 2 juin 2023.

⁹⁰ D. BARANGER, « Le contentieux constitutionnel : critique d'une jurisprudence, critique d'une discipline », in S. BENZINA, J. JEANNENEY (dir.), *La doctrine et le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024, à paraître.

⁹¹ D. BARANGER, *La Constitution. Sources. Interprétations. Raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 31. L'auteur observe également que « [l]a lecture jurisprudentielle de la loi constitutionnelle éloigne progressivement celle-ci de son statut de texte pour lui conférer le statut d'un catalogue, un ensemble de dispositions distinctes, appréhendées séparément en vue d'exploiter leurs possibilités de signification, leur productivité jurisprudentielle » (p. 267).

⁹² A. VIALA, « Réforme des retraites : “La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République” », *Le Monde*, 18 avril 2023. L'auteur rappelle en ce sens que : « La Constitution n'est pas qu'une addition de dispositions prises isolément, mais un système cohérent de normes dont l'application concrète peut avoir sur l'équilibre des institutions des effets qui ne sauraient passer inaperçus ».

Parlement. Un raisonnement similaire est transposable au référendum d'initiative partagé. Alors même que la France a connu ces dernières années des mouvements sociaux réclamant moins de verticalité et davantage de démocratie directe, notamment par la création d'un référendum d'initiative citoyenne, le choix du Conseil constitutionnel de durcir les conditions de recevabilité d'une telle procédure apparaît à contrecourant. Mais là encore, c'est bien une conception utilitariste et en silo de la Constitution qui a prévalu : l'interprétation exégétique de la notion de « réforme » dans l'article 11 de la Constitution avait le mérite d'empêcher qu'il soit fait échec à la réforme des retraites par un détournement de procédure. Le fait que cette interprétation soit de nature à aggraver la crise démocratique en France ne semble pas avoir été une préoccupation du Conseil, car cela supposerait qu'il pense l'article 11 et son environnement constitutionnel en dehors du cas d'espèce dont il était saisi.

L'attention médiatique particulière dont a fait l'objet le Conseil constitutionnel et ses décisions dans le cadre de la séquence des retraites a eu un mérite non négligeable : elle a permis au grand public de comprendre qu'il y a encore beaucoup de chemin à faire avant que la justice constitutionnelle à la française ne soit au niveau des autres juridictions constitutionnelles européennes.

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'université de Poitiers.

La réforme des retraites : acmé de la dés-*affectio societatis* au Palais Bourbon

« **L**es premiers mois de la XVI^e législature ont, à l'évidence, été marqués par de graves dysfonctionnements individuels ou collectifs dans le fonctionnement de nos instances de travail et par une inquiétante dégradation de la sérénité et de la qualité de nos échanges. Lors de sa réunion du 5 avril 2023, le Bureau de l'Assemblée nationale a longuement évoqué cette situation, ainsi que la multiplication des comportements inacceptables ou inappropriés qui ont pu être observés au cours des dernières semaines. Ces comportements ont – trop souvent – justifié que des sanctions soient prononcées, et ce dans des proportions jamais atteintes sous la V^e République. » C'est par ces mots forts que la présidente de l'Assemblée nationale, Yaël Braun-Pivet, ouvre son courrier adressé à tous les députés, le 7 avril 2023, afin, comme l'avait souhaité le Bureau de l'Assemblée, de « solennellement [leur] rappeler l'ensemble des règles¹ destinées à encadrer et guider [leur] comportement en tant que députés de la Nation ».

Pratique récurrente des présidents de l'Assemblée nationale successifs², l'envoi en cours de mandature d'une lettre à tous les députés les enjoignant à plus d'auto-discipline, survient cette fois dans un climat particulièrement dégradé. En effet, si « à l'échelle des dernières législatures, une dynamique de radicalisation de la parole » s'était préalablement mise en place à l'Assemblée nationale, c'est bien à l'occasion de l'examen de la réforme des retraites que cette assemblée a semblé « trahir la promesse d'un pluralisme pacifié³ » et qu'elle a renoncé à être le lieu de la « pacification des mœurs politiques⁴ ».

¹ La Présidente de l'Assemblée nationale précise que « ces règles figurent non seulement dans les textes qui encadrent notre mandat – qu'il s'agisse de la Constitution et des lois, du Règlement de l'Assemblée nationale et de l'Instruction générale du Bureau (IGB) ou encore du code de déontologie des députés – mais résultent aussi de nos traditions démocratiques, des usages parlementaires et des égards minimaux que nous nous devons mutuellement.

² Ainsi, les présidents Bartolone, le 11 janvier 2013, ou Ferrand, le 13 novembre 2018, ont, par exemple, écrit à l'ensemble des députés sur le même sujet.

³ O. ROZENBERG, « L'examen par les députés de la réforme des retraites met à vif les fragilités inhérentes au parlementarisme », *Le Monde*, 27 février 2023.

⁴ P-Y. BAUDOT et O. ROZENBERG, « Lasses d'Élias : des assemblées dé-pacifiées ? », *Violences des échanges en milieu parlementaire, Parlement(s)*, n° 14, 2010, p. 6 et 9.

Depuis le début de cette législature, le nombre de sanctions disciplinaires⁵ prononcées par les présidents de séance ou par le Bureau de l'Assemblée nationale a, en effet, atteint un niveau inédit au Palais Bourbon. De 1958 à 2017, ce sont à peine une vingtaine de sanctions, vingt-trois au total, qui avaient été infligées aux députés⁶. Déjà, sous la précédente législature, entre 2017 et 2022, le nombre de sanctions prononcées s'était élevé à quinze au total. Cette fois, depuis le début de la XVI^e législature, en quelques mois, ce ne sont pas moins de quatre-vingt-douze sanctions, qui ont été prononcées contre des députés, dont soixante-dix-neuf à l'occasion du débat sur la réforme des retraites⁷.

Cette explosion des sanctions disciplinaires prononcées à l'Assemblée nationale est venue répondre à des comportements multiples et de différente nature. Certains, individuels ou collectifs, sont plus directement liés à une « stratégie de rupture⁸ » ouvertement revendiquée⁹, destinée à tendre les débats dans l'hémicycle, véritable caisse de résonance de la démocratie française. D'autres comportements peuvent se rattacher plus précisément à des stratégies médiatiques personnelles, aboutissant, ainsi, à transformer l'hémicycle en véritable *home-studio*. De plus en plus, la tension ne se limite plus à l'hémicycle, mais touche désormais des instances et des lieux épargnés par le passé par ces tensions.

Ces comportements renvoient autant à l'accroissement des tensions politiques et sociales à l'œuvre dans le pays qu'à des phénomènes plus larges liés aux évolutions de la société ou une situation parlementaire particulière sous la V^e République, celle d'une assemblée sans majorité absolue en soutien au gouvernement.

⁵ Ces peines disciplinaires sont prévues aux articles 70 à 73 du Règlement de l'Assemblée nationale et vont du rappel à l'ordre à la censure avec exclusion temporaire (qui entraîne l'interdiction de prendre part aux travaux de l'Assemblée ou de réparaître au Palais de l'Assemblée, pendant quinze jours, et emporte de droit la privation, pendant deux mois, de la moitié de l'indemnité parlementaire allouée au député) en passant par le rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal (qui emporte de droit la privation, pendant un mois, du quart de l'indemnité parlementaire allouée au député) et la censure (qui emporte de droit la privation, pendant un mois, de la moitié de l'indemnité parlementaire allouée au député). Elles concernent qui se livre à des manifestations troublant l'ordre ou qui provoquent une scène de tumulte ; qui se livre à une mise en cause personnelle, qui interpelle un autre député ou qui adresse à un ou plusieurs de ses collègues des injures, provocations ou menaces ; qui a fait appel à la violence en séance publique ; qui s'est rendu coupable d'outrages ou de provocations envers l'Assemblée ou son Président ; qui s'est rendu coupable d'injures, de provocations ou de menaces envers le Président de la République, le Premier ministre, les membres du Gouvernement et les assemblées prévues par la Constitution ; qui s'est rendu coupable d'une voie de fait dans l'enceinte de l'Assemblée.

⁶ Les plus marquantes ayant été celles prononcées contre Jacques Toubon, Alain Madelin et François d'Aubert en 1984, pour avoir évoqué dans l'hémicycle le passé de François Mitterrand durant la Seconde Guerre mondiale, ou celles prononcées contre Noël Mamère en 2009 pour avoir adressé un bras d'honneur à ses contradicteurs sur les bancs opposés.

⁷ Voir, par exemple, A. BIJOTAT, « Comment les sanctions ont-elles explosé à l'Assemblée nationale ? », *Le Figaro*, 12 avril 2023.

⁸ D. BARANGER, « “Un spectacle lamentable” : la réforme des retraites entre opposition radicale et mauvaises pratiques gouvernementales », *JP Blog*, 9 mars 2023 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2023/03/09/un-spectacle-lamentable-la-reforme-des-retraites-entre-opposition-radical-et-mauvaises-pratiques-gouvernementales-par-denis-baranger/>].

⁹ « Quoi qu'il arrive, d'une manière ou d'une autre, nous devons garder un niveau de tension à l'Assemblée qui soit raccord avec celui qui existe dans la société » selon Antoine Léaument, député LFI de l'Essonne, cité par M. DARAME et J. LAMOTHE, « À l'Assemblée nationale, la “feuille de route” d'Élisabeth Borne face au spectre du blocage », *Le Monde*, 26 avril 2023.

Mais, pour la première fois depuis des décennies, ce qui paraît marquant, aujourd'hui à l'Assemblée nationale, c'est la perte entre ses membres d'une notion chère aux privatistes, celle d'*affectio societatis*, qui caractérise la volonté de plusieurs personnes de s'associer dans un intérêt commun, en l'occurrence la démocratie parlementaire.

En portent particulièrement témoignage¹⁰ les mots extrêmement violents utilisés par la présidente du groupe LFI, Mathilde Panot¹¹, dans sa lettre à la présidente de l'Assemblée nationale en réponse aux sanctions prononcées par le Bureau du 5 avril. Elle n'hésite pas à y dénoncer des sanctions intervenues « dans un contexte marqué par plusieurs dérives autoritaires du gouvernement et de ses soutiens¹² », mettant personnellement et directement en cause la présidente de l'Assemblée :

ces sanctions prises à l'encontre de députés de l'opposition démontrent que, loin de faire respecter les prérogatives du pouvoir législatif, vous n'êtes plus qu'une exécutante des basses œuvres de l'exécutif dans son virage autoritaire.

Et, autre marque de cette dés-*affectio societatis* à l'œuvre au Palais Bourbon, la présidente du groupe LFI menace d'en appeler contre les sanctions prononcées à d'autres instances comme le Conseil d'État¹³ ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, rappelle-t-elle,

a, en 2016¹⁴, estimé que l'article 10 alinéa 1^{er} de la convention européenne des droits de l'Homme relatif à la liberté d'expression, avait été violé par le président de l'Assemblée nationale hongroise en sanctionnant quatre députés pour avoir brandi des pancartes. Nous ne pouvons accepter que la France de la grande révolution de 1789, patrie des droits de l'Homme subisse le même sort que la Hongrie, sous la coupe de M. Orban.

Contester de façon virulente l'impartialité de la présidence, menacer d'en appeler à une instance extraparlamentaire, voire supranationale, de questions internes

¹⁰ Il faut aussi relever particulièrement les témoignages des administrateurs de l'Assemblée nationale pour qui s'est instauré au Palais Bourbon « un climat jamais vu ». Ainsi, pour l'un d'entre eux : « Maintenant, les députés s'insultent pendant les suspensions de séance, c'est quelque chose d'inédit que je n'avais vu avant. Cela va au-delà du spectacle. » Pour un autre : « On sent qu'il y a quelque chose qui n'est plus là... C'est le respect, ils ne se respectent plus. » Voir C. PARROT, M DUGUET, « Des fonctionnaires de l'Assemblée nationale racontent un an de "tensions" entre des députés "qui ne se respectent plus" », France Télévision, 14 juin 2023 [En ligne : www.francetvinfo.fr/politique/parlement-francais/assemblee-nationale/des-fonctionnaires-de-l-assemblee-nationale-racontent-un-an-de-tensions-entre-des-deputes-qui-ne-se-respectent-plus_5873765.html].

¹¹ Lettre publiée sur son compte twitter.

¹² Il s'agit du recours aux articles 47-1 et 49, alinéa 3 de la Constitution.

¹³ S'il est arrivé que des députés contestent devant le Conseil d'État des sanctions prises à leur encontre, ce dernier a rejeté leur requête considérant que « le régime de sanctions ainsi prévu par le règlement de l'Assemblée nationale [...] se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; qu'il en résulte qu'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs aux sanctions infligées par des organes d'une assemblée parlementaire aux membres de celle-ci », CE, 28 mars 2011, M. Gremetz, n° 347869.

¹⁴ Sur cette décision du 17 mai 2016, Karacsony et autres c. Hongrie, voir en particulier E. LEMAIRE, « Les députés doivent-ils être neutres ? Brèves réflexions sur la récente réglementation de la tenue parlementaire à l'Assemblée nationale », *JP Blog*, 12 février 2018 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2018/02/12/les-deputes-doivent-ils-etre-neutres-breves-reflexions-sur-la-recente-reglementation-de-la-tenue-vestimentaire-a-lassemblee-nationale-par-elina-lemaire/>].

au fonctionnement de l'Assemblée nationale, c'est bien le signe qu'il y a quelque chose de perdu au Palais Bourbon quant à l'*affectio societatis*, qui devrait lier les députés au-delà des clivages politiques. L'étude qui suit, vise, sans *a priori*, à examiner comment le débat sur les retraites a constitué une véritable acmé de cette dés-*affectio societatis* à l'œuvre à l'Assemblée nationale, au sein de l'hémicycle comme en dehors, dont chacun des tenants d'une démocratie parlementaire vivante, mais relativement pacifiée, ne peut que se désoler.

I. UNE DES-AFFECTIO SOCIETATIS MANIFESTE DANS L'HEMICYCLE

Cette remise en cause de l'*affectio societatis* entre les députés touche d'abord le cœur de l'Assemblée nationale, l'hémicycle du Palais Bourbon, aussi bien parce qu'une partie des acteurs parlementaires entendent en faire, avant tout, la caisse de résonance de leur combat partisan qu'à cause de comportements particuliers propres au développement des nouveaux outils de la communication.

A. L'hémicycle transformé en caisse de résonance du « bruit » et de « la fureur¹⁵ »

Les débats dans l'hémicycle du Palais Bourbon n'ont jamais été un long fleuve tranquille, particulièrement ceux consacrés aux précédentes réformes des retraites en 2003, en 2010 ou en 2014. Ce qui est singulier pour ceux de la réforme de 2023, c'est que leur contexte¹⁶ a non seulement pris le pas sur le texte lui-même, comme cela peut arriver régulièrement, mais qu'il l'a, cette fois, pratiquement effacé en l'espèce. En effet, à peine deux articles du projet de loi ont pu être discutés, avant que le texte ne parte au Sénat, et ce, sans que le 49.3 soit utilisé pour l'examen du texte en première lecture.

Cette situation inédite dans l'histoire parlementaire française d'un texte partant au Sénat sans vote d'ensemble ou engagement de la responsabilité du gouvernement à l'Assemblée est d'abord le résultat direct du véhicule législatif choisi par le gouvernement, celui d'une loi de financement de la Sécurité sociale, celui de l'article 47-1 de la Constitution, une sorte de « temps législatif programmé de niveau constitutionnel » (Éric Thiers) qui interrompt brutalement le débat¹⁷ à la fin du délai inscrit au deuxième alinéa de cet article au point du texte, où les députés sont parvenus¹⁸. C'est aussi le résultat de la stratégie suivie, comme précédemment en

¹⁵ Selon la formule de Jean-Luc Mélenchon en 2010.

¹⁶ Pour le président du groupe GDR, André Chassaigne, élu à l'Assemblée depuis 2002, « Désormais, le travail parlementaire repose moins sur le texte que sur le contexte. », cité par D. GRELIER, « Quand la pauvreté de l'expression s'invite à l'Assemblée nationale », *Le Figaro*, 2 mai 2023.

¹⁷ Cette brutalité provient d'abord du fait que le dispositif de l'article 47-1 a été largement calqué sur celui de l'article 47 de la Constitution, relatif aux lois de Finances, qui visait à porter aux remèdes à la pratique des républiques précédentes ayant abouti à ce que le budget de l'année suivante ne soit pas, systématiquement, voté avant le 31 décembre. Pour autant, depuis 1958, les gouvernements successifs ont toujours privilégié à l'Assemblée nationale le recours au 49.3 sur la transmission du texte en l'état au Sénat, le délai imparti aux députés pour l'examiner arrivant à expiration.

¹⁸ À l'inverse du Temps législatif programmé inscrit au Règlement de l'Assemblée nationale qui, même si certains groupes n'ont plus de temps de parole, voit les amendements des députés de ces groupes au moins mis au vote et impose d'aller jusqu'au vote final sur l'ensemble du texte en discussion.

commission, et totalement assumée, par le groupe LFI de privilégier la lutte politique au détriment de la délibération parlementaire en l'espèce et d'essayer de contraindre le gouvernement à recourir au 49.3¹⁹ pour nourrir la contestation sociale²⁰.

Les « pratiques gouvernementales²¹ » comme le « caractère inhabituel en réponse aux conditions du débat » de « l'utilisation combinée » des dispositifs de la rationalisation du parlementarisme inscrits au Titre V de la Constitution, selon les termes mêmes employés par le Conseil constitutionnel²², ont pris toute leur part dans le caractère particulièrement tendu des débats sur la réforme des retraites. Pour autant, on s'en tiendra principalement ici au jeu des acteurs parlementaires pour apprécier la perte de l'*affectio societatis* entre eux, et tout particulièrement à la stratégie conduite par le groupe LFI.

Le débat sur la réforme des retraites constitue l'illustration la plus marquante de la stratégie suivie sur les textes les plus importants et emblématiques par le groupe LFI depuis sa création en 2017. Une stratégie qui privilégie l'affrontement politique, « usant d'une théâtralisation ingénieuse dans un lieu comme l'hémicycle²³ ». Une stratégie au style souvent outrancier, mais efficace du point de vue des objectifs poursuivis²⁴, faite notamment d'interventions destinées autant – sinon davantage – à être relayées sur les réseaux sociaux qu'à contribuer à l'écriture commune des textes de loi. Dans une enquête sur le fonctionnement de l'Assemblée sous la précédente législature, Danièle Obono reconnaît sans sourciller que cette communication²⁵ relève d'une tactique. « Ce qui est sûr, c'est qu'on a tous appris à améliorer nos prises de parole, ça s'est fait sur le tas et avec les sensibilités des uns et des autres, mais on a développé une stratégie permettant d'avoir des interventions qui sortent du format classique du débat parlementaire [...] », confie-t-elle. Avec comme objectif que les débats parlementaires ne soient pas en chambre, mais « ouverts sur le monde et la société », précise Obono. Aussi, lorsque les députés LFI interviennent, ce n'est pas pour être « dans le ronron » :

On privilégie le débat politique et le désaccord doit être clairement exprimé, donc on assume la confrontation. Évidemment, c'est une stratégie politique²⁶.

¹⁹ Sans avoir forcément évalué que le gouvernement pourrait s'en passer grâce au recours à l'article 47-1 de la Constitution.

²⁰ En définitive, l'obstruction profite aussi bien au gouvernement peu assuré d'obtenir une majorité sur chacun des articles du projet de loi, qu'aux acteurs de cette stratégie d'obstruction les plus déterminés, au détriment de la densité et de la qualité du débat parlementaire et des autres groupes d'opposition ou minoritaire de l'Assemblée. En découle, « une dynamique délétère de polarisation » décrite par Olivier Rozenberg : « L'examen par les députés de la réforme des retraites met à vif les fragilités inhérentes au parlementarisme », art. cité.

²¹ Voir D. BARANGER, « “Un spectacle lamentable” : la réforme des retraites entre opposition radicale et mauvaises pratiques gouvernementales », art. cité.

²² Voir sa décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023.

²³ W. BORDAS et N. BRAHIM, *Tout ça pour ça. Couacs, déceptions, démissions : Enquête au cœur de l'Assemblée nationale*, Paris, Plon, 2021, p. 171.

²⁴ Et grâce à une implication et une mobilisation indiscutable des députés du groupe LFI dans l'hémicycle.

²⁵ Sur les réseaux sociaux à travers des vidéos de leurs interventions en séance.

²⁶ W. BORDAS et N. BRAHIM, *Tout ça pour ça. Couacs, déceptions, démissions : Enquête au cœur de l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 173. À l'occasion de cette même enquête, Marc Fesneau, ancien

La différence entre la XV^e et la XVI^e législature réside dans le fait que les effectifs du groupe LFI ont été multipliés par quatre²⁷. Dès lors, les effets de cette stratégie sont largement amplifiés dans l'hémicycle, comme cela a été le cas à l'occasion de débats comme celui portant sur la réforme des retraites largement nourri d'outrances²⁸ ou d'excès comportementaux. Pour y faire face, la Présidente de l'Assemblée nationale, les présidents de séance et le Bureau de l'Assemblée nationale ont choisi de s'attacher, davantage que sous les précédentes législatures, à sanctionner les excès les plus manifestes, qu'ils soient individuels ou collectifs. « Nous assistons au renouveau de la discipline parlementaire. Elle est aujourd'hui utilisée en tant que mode de régulation des débats, notamment face aux nombreux dérapages verbaux²⁹ » a ainsi pu souligner le Professeur Jean-François Kerléo.

Du point de vue des comportements individuels, la sanction de censure avec exclusion temporaire – la plus élevée dans la hiérarchie des sanctions – prononcée contre le député LFI de Seine-Saint-Denis, Thomas Portes, pourrait paraître paradoxalement singulière dès lors que les faits en cause renvoyaient au tweet publié le 9 février 2023 par ce député dans lequel il posait, ceint de son écharpe tricolore, le pied posé sur un ballon à l'effigie du ministre du Travail, Olivier Dussopt. Il s'agissait, sans conteste, de faits intervenus en dehors de l'Assemblée nationale, ne relevant pas expressément de la discipline parlementaire. En réalité, le Bureau de l'Assemblée n'a pas été amené à se prononcer directement sur ces faits, mais sur les incidents provoqués par la tentative de Thomas Portes de prendre la parole dans l'hémicycle le vendredi 10 février, à savoir le brouhaha provoqué sur plusieurs bancs de l'hémicycle et les propos de Thomas Portes en réponse selon lesquels il ne retirerait son tweet que le jour où le gouvernement retirerait sa réforme. C'est sur la base de cet incident de séance dans l'hémicycle que le Bureau a décidé, à l'issue de sa réunion du 10 février 2023, de proposer à l'Assemblée de prononcer la censure avec exclusion temporaire à l'encontre de Thomas Portes sur le fondement de

Secrétaire d'État aux Relations avec le Parlement soulignait : « Je trouve qu'une grande partie du groupe LFI utilise dans l'enceinte démocratique parlementaire des méthodes qui sont celles de l'insurrection et de la déstabilisation du système. Au fond, est-ce qu'ils pensent que la démocratie parlementaire est utile ? Je ne le crois pas. », *ibid.*, p. 166-167.

²⁷ En outre, le renforcement de ses effectifs a amené une nouvelle génération d'insoumis au Palais Bourbon. *L'Obs* a consacré un portrait à ces « sans-cravates » de LFI qui secouent l'Assemblée : « Ils sont jeunes, insolents et ont des rêves de révolution. [...] Ils se voient comme les rebelles du Palais Bourbon, voire comme les lointains héritiers des sans-culottes. Ils sont les “sans-cravates”, ceux qui rêvent de renverser la “monarchie présidentielle” et sont prêts à toutes les obstructions pour bloquer l'impopulaire réforme des retraites. Ils ont un côté insolent et tapageur, n'ont pas les codes et s'en cognent. Dans leurs questions, ils citent le rappeur Jul ou la chanteuse Angèle. Ils ont la trentaine ou presque et forment une génération Mélenchon. Ils s'appellent Louis Boyard, Thomas Portes, Antoine Léaument, Clémence Guetté, Aurélien Saintoul... À la direction de la France insoumise, certains ont pris la place des Autain, Ruffin, Corbière et Garrido. Désormais, c'est sur eux que s'appuie l'ex-candidat à la présidentielle. Leur projet, répètent-ils sur tous les tons, est de faire entrer la colère du pays dans l'hémicycle. Leur méthode est celle du mentor : le bruit et la fureur, les clashes en tout genre et le coup d'éclat permanent. », R. DODET, « Ils citent Jul et Robespierre... Les “sans-cravate” de LFI secouent l'Assemblée », *L'Obs*, 3 mars 2023.

²⁸ On pense à l'apostrophe : « vous êtes des monstres », lancée contre les membres du gouvernement et de la coalition gouvernementale ou à la formule « mange tes morts » reprise dans un tweet.

²⁹ Cité par D. GRELIER, « Quand la pauvreté de l'expression s'invite à l'Assemblée nationale », art. cité.

l'article 70 alinéa 5, qui dispose que peut faire l'objet de peines disciplinaires un député qui s'est rendu coupable de « provocations envers l'Assemblée nationale ». À l'issue de la réunion du Bureau, l'Assemblée a prononcé cette peine disciplinaire³⁰ à l'encontre du député de Seine-Saint-Denis.

Plus traditionnelle, si l'on peut dire, a été la voie suivie, le 13 février 2023, concernant la sanction prononcée par le président de séance contre le député LFI des Hauts de Seine, Aurélien Saintoul, sanction consistant en un rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal après que ce député³¹ eut qualifié le ministre du Travail, Olivier Dussopt, d'« assassin ».

Ce qui est davantage nouveau, c'est que le Bureau de l'Assemblée a également été amené à prononcer des sanctions contre un comportement que l'on pourrait qualifier de collectif et préalablement organisé. Il s'agit, en l'espèce, du fait que plusieurs dizaines de députés, principalement du groupe LFI, qui, le jeudi 16 mars 2023, alors que la Première ministre annonçait sa décision de recourir aux dispositions de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution sur l'adoption des conclusions de la commission mixte paritaire, ont brandi dans l'hémicycle des pancartes « 64 ans, c'est non » ou « Démocratie » et qui ont refusé de cesser de le faire alors que la présidente le leur avait expressément demandé. À cet instant de la séance, la présidente de l'Assemblée avait enjoint ces députés d'abaisser ces pancartes et, pour ceux qui avaient continué à les brandir, demandé aux huissiers de leur retirer. Elle n'avait alors pas suspendu la séance ou prononcé des rappels à l'ordre contre les nombreux députés en cause³².

Par le passé d'ailleurs, de tels comportements n'avaient pas fait l'objet de sanctions³³. Ainsi, par exemple, au moment de la réforme des retraites de 2010, les députés communistes avaient brandi des pancartes « taxer le capital » ou « la retraite à 60 ans », ou encore en 2018, quand les députés LFI avaient agité des pancartes « bon débarras » alors que l'ancien Premier ministre Manuel Valls quittait l'Assemblée pour se porter candidat à la mairie de Barcelone³⁴. Cette fois-ci, au cours de sa réunion du 5 avril 2023, le Bureau de l'Assemblée nationale a prononcé « un rappel à l'ordre à l'encontre des députés ayant participé au tumulte survenu lors de la deuxième séance du jeudi 16 mars 2023 », soit près de 70 députés au total, presque tous membres du groupe LFI. La présidente de l'Assemblée a choisi de proposer au Bureau de sanctionner individuellement les députés en cause, dès lors que, sur la base des images de la séance, il était possible de les identifier nettement.

³⁰ C'est la troisième fois que la censure avec exclusion temporaire est prononcée depuis 1958. Elle l'a été en 2010 contre le député communiste Maxime Gremetz et le 4 novembre 2022 contre le député du Rassemblement national Grégoire de Fournas pour son propos à l'égard de son collègue Carlos Martens Bilongo : « qu'il retourne en Afrique ! »

³¹ Il s'en est d'ailleurs excusé dans l'hémicycle après une interruption de séance provoquée par son invective à l'encontre du ministre et l'intervention à la reprise des présidents des autres groupes qui ont tous condamné fermement son propos.

³² Pour des raisons compréhensibles étant donné leur nombre.

³³ Quand ils ont été collectifs. Le 19 février 2019, un député brandissant, seul, une banderole « La France tue au Yémen » a immédiatement fait l'objet d'un rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal prononcé par le Président.

³⁴ Cependant, quelques jours plus tard, le président de l'Assemblée, Richard Ferrand, avait adressé un courrier à l'ensemble des députés pour demander que cesse les « chahuts », les interruptions de l'orateur, les « invectives » ou « les manifestations spectaculaires à pure visée médiatique », qui contribuent à dégrader l'image de l'institution.

Sanctionner ce type de comportement soulève la question de savoir s'il relève bien de sanctions individuelles³⁵ ou s'il ne faudrait pas réfléchir à établir, dans le Règlement, une sanction collective, qui n'est pas prévue aujourd'hui, contre le groupe en cause ou contre son président *es qualitate*, s'il est manifeste qu'il s'agit d'un comportement collectif.

B. L'hémicycle transformé en *home-studio*

À côté des « comportements inacceptables ou inappropriés » liés aux tensions politiques, d'autres, liés à des motivations individuelles ou collectives témoignent aussi, particulièrement, de la dés-*affectio societatis* au Palais Bourbon. Ce sont ceux correspondant à l'usage individualiste et très personnel fait par certains députés dans l'hémicycle des nouveaux moyens de communication comme des réseaux sociaux, tels Twitter, TikTok, Facebook ou Twitch notamment. L'effet produit par le développement des réseaux sociaux sur la vie parlementaire n'est pas nouveau. Depuis une dizaine d'années, des députés sur tous les bancs ont pris l'habitude de publier sur Facebook ou Twitter des *selfies* ou des photos de groupe pris au sein de l'hémicycle. Plus directement, la délibération parlementaire a pu être aussi affectée par les messages diffusés sur les réseaux sociaux, en particulier twitter, par des députés commentant le déroulement de la séance en cours, entraînant ainsi des discussions parallèles, susceptibles de déboucher sur des incidents de séance³⁶.

Le début de la XVI^e législature et le débat sur la réforme des retraites ont néanmoins, indéniablement, marqué le franchissement d'un cap. Parmi les rappels à l'ordre décidés par le Bureau du 5 avril, figurent ceux à l'encontre des députés « ayant contrevenu aux règles de communication avec l'extérieur depuis l'hémicycle lors d'un reportage télévisé diffusé le dimanche 26 mars 2023. En l'espèce, il s'agissait de plusieurs députés³⁷ suivis par France 2 pour un documentaire sur le débat de la réforme des retraites et ayant accepté de porter un micro-cravate, y compris dans l'hémicycle, sans que les autres députés le sachent, quitte ensuite à ce que tous les propos tenus par eux-mêmes ou par leurs collègues à proximité soient diffusés³⁸. Au-delà des sanctions prises par le Bureau de l'Assemblée nationale, ce comportement a été très largement et publiquement condamné par beaucoup de députés, y compris ceux appartenant aux groupes des impétrants, comme faussant la nature des échanges pouvant être tenus.

³⁵ Dans son courrier à la Présidente de l'Assemblée, la présidente du groupe LFI, Mathilde Panot, protestant contre les sanctions prononcées en la matière, souligne, en s'appuyant sur le fait que certains députés de son groupe avaient abaissé leur pancarte avant même les injonctions de le faire, que « la décision du Bureau n'apparaît pas fondée » du fait de « l'absence d'individualisation de la sanction qui constitue pourtant un principe élémentaire du droit positif français ».

³⁶ Ainsi, par exemple, le vendredi 1^{er} février 2013, à l'occasion du débat sur le projet de loi sur le mariage pour tous, le président du groupe UMP, Christian Jacob, a-t-il pu obtenir une suspension de séance, en protestant contre les messages diffusés sur twitter par des députés de la majorité à l'encontre d'un député de son groupe.

³⁷ Aurélien Pradié, député LR du Lot, Arthur Delaporte, député socialiste du Calvados, Marie-Charlotte Garin, député écologiste du Rhône en particulier.

³⁸ Si les services de l'Assemblée nationale avaient accepté le principe de ce reportage filmé à l'intérieur de l'hémicycle, la question de munir les députés de micro-cravates n'avait pas été évoquée. Voir C. VIGOUREUX et L. VIGOGNE, « À l'Assemblée nationale, les micro-cravates de la discorde », *L'Opinion*, 31 mars 2023.

Le courrier adressé par la présidente de l'Assemblée à l'ensemble des députés, à l'issue du Bureau du 5 avril, a également été l'occasion pour Yaël Braun-Pivet de revenir sur la prohibition de « l'emploi de tout outil de communication avec l'extérieur depuis l'hémicycle, en particulier pour les plates-formes retransmettant le flux vidéo ou audio des débats ». Ce *rappel* est directement lié à l'audition par le Bureau de l'Assemblée, le 5 avril, du député Ugo Bernalicis à la suite du rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal prononcé à son encontre lors de la séance du 20 mars 2023³⁹. Depuis 2020, ce député a régulièrement tenu, depuis l'hémicycle, des *live Twitch*, sur la plate-forme de streaming vidéo Twitch⁴⁰. Il relayait en direct sur Twitch le flux vidéo des séances publiques, en le commentant par écrit ou parfois en se filmant avec une webcam. La sanction a été prononcée sur la base de l'article 9 de l'Instruction générale du Bureau interdisant de téléphoner à l'intérieur de l'hémicycle⁴¹.

Ce renvoi à l'Instruction générale du Bureau pour pouvoir rappeler à l'ordre le « dépuTwitch », Ugo Bernalicis⁴², tient au fait que le Règlement ne traite pas directement des réseaux sociaux. Il a donc fallu, pour le Bureau, recourir à l'interdiction posée dans l'Instruction générale du Bureau à son article 9 de téléphoner à l'intérieur de l'hémicycle⁴³. Toutefois, cette interdiction peut certainement renvoyer à celle « des manifestations troublant l'ordre » inscrite à l'article 70 du Règlement de l'Assemblée consacré aux sanctions disciplinaires.

Le Bureau du 5 avril a confié mission, comme l'a indiqué la présidente Yaël Braun-Pivet dans son courrier à l'ensemble des députés, à la vice-présidente en charge de la communication et de la presse, Naïma Moutchou, de faire des propositions à « l'utilisation faite par les députés des différents outils de communication ». Naïma Moutchou pour qui « l'Assemblée doit évoluer avec la société sinon le changement se fera sans nous. Si on ne parle pas des réseaux sociaux dans notre règlement, ce sera l'anarchie⁴⁴ ».

L'entrée de la télévision dans l'hémicycle depuis plusieurs décennies a bien entendu bouleversé, pour partie, les canons de l'éloquence parlementaire. Pour autant, à côté de la séance des Questions au Gouvernement retransmise chaque semaine à la télévision, les députés restaient tributaires, pour ce qui concerne les débats législatifs eux-mêmes, du choix des chaînes de reprendre ou non les points les

³⁹ Séance consacrée à l'examen du projet de loi relatif aux Jeux olympiques de 2024.

⁴⁰ La chaîne DépuTwitch d'Ugo Bernalicis est suivie par 10 900 personnes. Voir C. VIGOUREUX, « Twitter, TikTok, Twitch..., Les ravages des députés sans filtre », *L'Opinion*, 31 mars 2023.

⁴¹ À l'issue de sa réunion du 7 décembre 2022, le Bureau de l'Assemblée nationale « a confirmé que les dispositions de l'article 9 de l'IGB, qui interdisent aux députés de téléphoner à l'intérieur de l'hémicycle s'appliquent aussi à l'emploi de tout outil de communication avec l'extérieur depuis l'hémicycle, en particulier aux plates-formes retransmettant le flux vidéo ou audio des débats ».

⁴² Ce dernier défendait « un exercice d'éducation civique » qui « permet à des gens de s'intéresser à ce qui se passe à l'Assemblée nationale et de se sentir partie prenante des débats », cité par E. GARCIA, « Il streame sur Twitch depuis l'Assemblée : ce député insoumis épinglé », *Huffington post*, 19 novembre 2022.

⁴³ Introduite dans l'IGB en 2011.

⁴⁴ Cité par C. VIGOUREUX, « Twitter, TikTok, Twitch..., Les ravages des députés sans filtre », art. cité.

plus saillants de leurs interventions dans leurs journaux télévisés⁴⁵. Ce qui expliquait largement le décalage du ton des débats entre ces deux types de séance. Dorénavant, grâce aux nouveaux moyens de communication et au développement des réseaux sociaux, les députés ont pu devenir, selon la formule du Questeur Eric Woerth, « leur propre metteur en scène⁴⁶ », mais aussi, élément non négligeable, leur propre diffuseur. Il s'agit, dès lors, pour les députés, de calibrer leurs interventions dans l'hémicycle en fonction des codes des réseaux sociaux sur lesquels ils entendent la relayer et des attentes du public visé, de privilégier avant tout la parole courte, la *punchline* et le *buzz*⁴⁷.

Des bouleversements qui ne manquent pas de troubler de nombreux députés, des plus anciens aux plus jeunes. Pour le président du groupe GDR, André Chassaigne, élu à l'Assemblée depuis 2002, « le temps où les élus s'exprimaient en ayant en tête le compte-rendu des débats est fini. Même si prendre la parole spontanément était fréquent, nous préparions plus ou moins nos interventions. Désormais, le travail parlementaire repose moins sur le texte que sur le contexte. Ce n'est pas facile à vivre pour un député blanchi sous le harnois comme moi⁴⁸ ». Cette situation ne manque pas d'interpeller également des députés élus depuis moins longtemps à l'Assemblée nationale, comme le président de la commission de la Défense, Thomas Gassilloud, qui souligne : « Il y a une forme de détournement quand on prononce un discours non pas pour faire passer un message, mais pour générer des vues. Ce n'est alors plus la véracité du propos qui compte, mais l'émotion qu'il génère⁴⁹. »

II. UNE DES-AFFECTIO SOCIETATIS EGALEMENT PRESENTE EN DEHORS DE L'HEMICYCLE

La dés-*affectio societatis* au Palais Bourbon ne se mesure pas qu'à ses manifestations dans l'hémicycle. La réforme des retraites a aussi offert l'occasion d'en mesurer d'autres effets dans des lieux ou des circonstances jusqu'alors plus ou moins épargnés par les affrontements et clivages partisans.

⁴⁵ Si les chaînes généralistes ont, au fil du temps, consacré de moins en moins de temps, dans leurs journaux, aux travaux des assemblées parlementaires, l'émergence des chaînes d'information continue ont, cependant, incontestablement redonné une place substantielle aux débats dans l'hémicycle du Palais Bourbon.

⁴⁶ Cité par C. VIGOUREUX, « Twitter, TikTok, Twitch..., Les ravages des députés sans filtre », art. cité.

⁴⁷ Ainsi, selon la journaliste Océane Herrero, auteur de *Le système TikTok, comment la plateforme chinoise modèle nos vies*, (Monaco, éditions du Rocher, 2023), interrogée par E. DUCROS, « Des vidéos qui délaissent l'explication de fond », *L'Opinion*, 31 mars 2023 : « De nombreux députés pensent à la création de format pour TikTok dans leur quotidien parlementaire. Quand on prévoit qu'une intervention de quelques secondes sera diffusée sur les réseaux sociaux, ça conditionne l'usage des mots qui buzzent, de réparties qui sont davantage pensées pour devenir virales que pour approfondir une question. »

⁴⁸ Cité par D. GRELIER, « Quand la pauvreté de l'expression s'invite à l'Assemblée nationale », *Le Figaro*, 2 mai 2023.

⁴⁹ Cité par C. VIGOUREUX, « Twitter, TikTok, Twitch..., Les ravages des députés sans filtre », art. cité.

A. La commission mixte paritaire contestée comme lieu de la recherche du compromis

La contestation de la non-publicité immédiate, intégrale et par voie de retransmission audiovisuelle des travaux de la commission mixte paritaire (CMP) est une marque supplémentaire de la dés-*affectio societatis* à l'œuvre au Palais Bourbon.

Traditionnellement, les CMP se réunissent à huis clos pour assurer la sérénité des échanges entre les parlementaires réunis dans la recherche de compromis entre les deux assemblées. Car, selon Jean-Jacques Urvoas et Magali Alexandre,

dans tout processus humain vient le moment où la recherche de gains relatifs par la négociation se substitue à la recherche de gains absolue par la voie des armes. C'est la vocation même de la commission mixte paritaire⁵⁰.

Ils poursuivent :

L'exercice est délicat, le huis clos est donc requis et le compte-rendu sommaire [...]. L'essentiel, c'est-à-dire la capacité à bâtir des accommodements, dépend du savoir-faire des membres, du moins s'ils en ont décidé ainsi⁵¹.

Une grande partie des parlementaires semblent ainsi attachés à cette relative confidentialité du déroulement des commissions mixtes paritaires⁵².

Pourtant, à l'occasion du débat sur la réforme des retraites, cette règle ancienne de la non-publicité immédiate, intégrale et audiovisuelle des travaux de la commission mixte paritaire a été directement remise en cause, de façon inédite là encore. D'abord, à travers la demande officielle adressée par le président du groupe socialiste, Boris Vallaud, à la présidente de l'Assemblée nationale en faveur d'une publicité audiovisuelle immédiate des travaux de la CMP ; ensuite, à travers la pratique de la diffusion de *live-tweet* sur le déroulement de ces travaux par plusieurs membres de la CMP.

Le 13 mars 2023, le président du groupe socialiste adressait un courrier à la présidente de l'Assemblée nationale mettant en balance le grand intérêt des Français pour le débat sur la réforme des retraites et la qualité « notoirement insuffisante » de la délibération parlementaire sur ce projet de loi. « Au nom de l'exigence de clarté, de sincérité et de transparence des débats parlementaires », il demandait que la Conférence des présidents puisse décider d'une publicité intégrale, immédiate et audiovisuelle des débats de la CMP⁵³.

⁵⁰ J.-J. URVOAS et M. ALEXANDRE, *Manuel de survie à l'Assemblée nationale, L'art de la guérilla parlementaire*, Paris, Odile Jacob, 2012, p. 137.

⁵¹ *Ibid*, p. 139.

⁵² « En 2022, un tweet publié par le patron des sénateurs LR, Bruno Retailleau, avant la fin d'une CMP sur le projet de loi instaurant le pass vaccinal avait fait échouer les discussions, la majorité estimant que ce dernier avait rompu le secret des débats. À quelques minutes de la révélation d'un accord, le message du sénateur indiquant que la CMP avait « donné raison au Sénat », dominé par la droite, une « victoire du bon sens », avait tout fait capoter. La présidente de la commission de l'époque, une certaine Yaël Braun-Pivet, avait jugé qu'il s'agissait d'« une atteinte intolérable aux institutions et au fonctionnement des commissions mixtes, qui se tiennent à huis clos ». J. FAURE, « Retraites : LFI a-t-elle le droit de documenter en direct la commission mixte paritaire malgré le huis clos ? », TF1 info [En ligne : <https://www.tf1info.fr/politique/reforme-des-retraites-la-france-insoumise-lfi-a-t-elle-le-droit-de-documenter-en-direct-la-commission-mixte-paritaire-malgre-le-huis-clos-2250963.html>]

⁵³ Le président du groupe socialiste a rendu publique la lettre en cause sur son compte twitter.

Par courrier en date du 14 mars, la présidente de l'Assemblée⁵⁴ répondait négativement à cette demande, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 112, alinéa 2 et de l'article 46 alinéa 3 du Règlement de l'Assemblée nationale. À propos de la publicité des travaux des commissions mixtes paritaires, l'article 112 alinéa 3 dispose que « seul l'alinéa 3 de l'article 46 est applicable aux commissions mixtes paritaires réunies dans les locaux de l'Assemblée nationale ». À l'article 46 consacré à la publicité des travaux des commissions, son alinéa 3 dispose qu'

à l'issue de chaque réunion, un compte-rendu est publié, faisant état des travaux et des votes de la commission, ainsi que des interventions prononcées devant elle.

De la combinaison de ces dispositions et, en particulier, du mot « seul » figurant à l'alinéa 3 de l'article 46, la présidente de l'Assemblée nationale concluait que « la publicité de la commission est assurée seulement par un compte-rendu écrit qui fait état des travaux et des votes de la commission, ainsi que des interventions prononcées devant elle, à l'exclusion de tout autre procédé » en indiquant au président du groupe socialiste :

vous comprendrez que la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale ne puisse s'affranchir des dispositions qui s'imposent à nos travaux.

La présidente de l'Assemblée nationale écartait donc que puisse s'appliquer, par extension, aux commissions mixtes paritaires les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 46 selon lesquelles : « Les travaux des commissions sont publics », en dépit de ce qu'espéraient certains parlementaires. Une telle interprétation des dispositions de l'article 112 alinéa 3 n'aurait probablement pas manqué de déboucher sur un conflit avec le Sénat au sein duquel, contrairement à l'Assemblée nationale, les travaux des commissions ne sont par principe pas publics, sauf à ce que cela soit demandé par le président de la commission saisie au fond.

La seconde contestation de la publicité partielle des travaux de la CMP s'est opérée, de manière plus brutale, par la diffusion par voie de *live-tweet* par des membres de la CMP du déroulement de ces travaux. La demande du président Boris Vallaud s'était accompagnée de la part de son homologue du groupe LFI, Mathilde Panot, de prises de positions radicales s'il ne devait être fait droit à la demande de publicité des travaux de la CMP : « Nous nous chargerons nous-mêmes de rendre publics ces débats. Les parlementaires ont des comptes à rendre à leurs électeurs ». Elle avait déjà menacé de « rendre publics en temps et en heure le déroulé et le contenu des débats » si la présidence de l'Assemblée nationale refusait de lever le huis clos⁵⁵.

En CMP, plusieurs députés de la NUPES⁵⁶ ont, en effet, twitté en direct sur le déroulement des travaux en cours de la commission. Dès lors, le Bureau du 5 avril a décidé, sur proposition de la Présidente de l'Assemblée, de prononcer un rappel

⁵⁴ Reprise sur internet, voir notamment : A. DE VILLAINES, « Réforme des retraites : Yaël Braun-Pivet refuse une CMP publique », *Huffpost*, 14 mars 2023 [En ligne : https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/reforme-des-retraites-yael-braun-pivet-refuse-une-cmp-publique-sur-les-retraites_215207.html].

⁵⁵ Voir M. OTTER, « Huis clos de la commission mixte paritaire : “Nous nous chargerons nous-mêmes de rendre public ces débats” », *L'obs*, 14 mars 2023 [En ligne : <https://www.nouvelobs.com/politique/20230314.OBS70828/huis-clos-de-la-commission-mixte-paritaire-nous-nous-chargerons-nous-memes-de-rendre-public-ces-debats.html>].

⁵⁶ Sandrine Rousseau (EELV), Mathilde Panot et Hadrien Clouet (LFI), Arthur Delaporte (PS).

à l'ordre à l'encontre des députés ayant transgressé les règles de publicité des travaux de la commission mixte paritaire réunie le mercredi 15 mars 2023, sur le projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023. Sans que cela soit précisé dans la décision du Bureau, cette dernière se rattache très certainement à « une manifestation troublant l'ordre » selon le comportement décrit à l'alinéa 2 de l'article 70 de l'Assemblée nationale. La notion d'« ordre » renvoyant à la réponse apportée par la présidente de l'Assemblée nationale au président du groupe socialiste aux termes de laquelle :

la publicité de la commission est assurée seulement par un compte-rendu écrit qui fait état des travaux et des votes de la commission, ainsi que des interventions prononcées devant elle, à l'exclusion de tout autre procédé.

Si le refus de la Présidente de l'Assemblée nationale d'une publicité immédiate, intégrale et par voie de retransmission audiovisuelle des travaux de la CMP était solidement étayé sur les dispositions des articles 46 et 112 du Règlement national, la sanction prononcée contre les auteurs de tweets durant le déroulement de ces travaux appelle certainement à une modification du Règlement ou de l'Instruction générale du Bureau en la matière. D'ailleurs, la vice-présidente de l'Assemblée en charge de la délégation de la communication et de la presse, Naïma Moutchou, a aussi été missionnée pour conduire une réflexion sur ce point⁵⁷ et semble avoir d'ores et déjà des idées précises en la matière : « Il a aussi été question de l'interdiction des téléphones durant les CMP. Cette proposition faite par la vice-présidente Naïma Moutchou :

Le huis clos est important. Il permet souvent de décanter un certain nombre de situations. Et cela n'empêche pas la publicité puisqu'un compte-rendu détaillé est publié ensuite. Il est important de sauvegarder cet espace privé.

Et Yaël Braun-Pivet de répondre :

Je ne l'exclus pas et je la comprends mais je dois d'abord m'en entretenir avec le président du Sénat, Gérard Larcher, par respect du bicaméralisme. [...] Naïma Moutchou a plaidé pour que les téléphones soient éteints pendant la commission ou bien qu'ils soient laissés à l'entrée⁵⁸.

B. La dés-*affectio societatis* jusque dans les lieux de la « sociabilité parlementaire⁵⁹ »

Les décisions prises par la présidence afin de combattre la dés-*affectio societatis* ne porte pas que l'hémicycle. Ce phénomène touche aussi directement d'autres lieux propres habituellement à la « sociabilité parlementaire ».

La présidente Braun-Pivet y fait allusion dans sa lettre adressée à tous les députés, pour souhaiter qu'ils soient préservés des tensions politiques :

⁵⁷ Voir W. BORDAS, « Des dizaines de députés vont écopier d'une sanction après les débats dans l'hémicycle », *Le Figaro*, 7 avril 2023.

⁵⁸ Des députés faisant remarquer que tel est déjà le cas, dans un tout autre contexte, pour certaines réunions de la commission de la Défense.

G. DOSDA, « À l'Assemblée, Yaël Braun-Pivet "n'exclut pas" d'interdire les téléphones en commission mixte paritaire », *Le Journal du Dimanche*, 6 avril 2023 [En ligne : <https://www.lejdd.fr/politique/lassemblee-yael-braun-pivet-nexclut-pas-dinterdire-les-telephones-en-commission-mixte-paritaire-134464>]

⁵⁹ P-Y. BAUDOT et O. ROZENBERG, « Lasses d'Élias : des assemblées dé-pacifiées ? », art. cité, p. 9.

il convient que certains moments de la vie parlementaire comme certains de notre assemblée, soient tenus à l'écart de la véhémence du débat politique. Il est essentiel d'y garantir une forme d'intimité, afin de nous ménager, parfois, une tranquillité d'esprit et la possibilité d'une pause dans le tumulte de nos vies d'élus. Il en va ainsi des lieux de restauration, à commencer par la buvette des parlementaires, comme des espaces identifiés au sein du « périmètre sacré⁶⁰ » ; les salons Delacroix, Casimir-Perier et Pujol, ainsi que les couloirs attenants.

C'est que les tensions à l'œuvre dans l'hémicycle pendant l'examen du projet de loi avaient fini par s'y répandre. Aussi, la présidence de l'Assemblée a-t-elle décidé de mettre en place dans la salle des Conférences, attenante à l'hémicycle, « un espace réservé aux députés » et à eux seuls, « de façon à garantir qu'ils ne soient pas dérangés par les autres personnes amenées à fréquenter ou traverser les lieux ». Cette décision se double de restriction de circulation aux abords de l'hémicycle, puisque « seules les personnes autorisées pour les besoins de leur travail pourront accéder au « périmètre sacré » et non plus les personnes extérieures à l'Assemblée ou les journalistes. Ce sera le cas, en particulier dans les moments les plus importants de la vie parlementaire, en particulier en cas de vote dans les salons⁶¹. Ces derniers seront considérés comme un prolongement de l'hémicycle et dès lors de n'y admettre que les collaborateurs de groupe, mais pas les collaborateurs de députés⁶². Cette décision doit beaucoup au fait que certaines vidéos prises dans cette zone au moment du vote sur la motion de censure, auquel ne participent que les députés favorables à la motion, aient été diffusées sur les réseaux sociaux, fait là encore totalement inédit⁶³.

Cette restriction d'accès touche aussi la buvette des parlementaires, un lieu éminemment discret et qui leur est spécifiquement réservé. Cette dernière a, de façon nouvelle, été pointée par plusieurs articles de presse aux titres à sensation⁶⁴, pendant la réforme sur les retraites, quant à l'influence qu'aurait eue la consommation d'alcool en son sein sur la virulence des débats, au point que cette question aurait été soulevée par une des vice-présidentes à l'occasion d'une réunion du Bureau de l'Assemblée le 8 février⁶⁵.

Il n'est jusqu'à la conférence des présidents, lieu habituellement propice aux échanges plus apaisés entre la présidence de l'Assemblée, les représentants des groupes de la majorité et de l'opposition qui, elle aussi, n'ait vu son climat se

⁶⁰ Il s'agit des salons et salles situés directement aux abords de l'hémicycle.

⁶¹ Par exemple, pour des votes sur les motions de censure.

⁶² Plusieurs associations de collaborateurs de députés ont contesté cette décision ; voir W. BORDAS, « La grogne monte chez les assistants parlementaires », *Le Figaro*, 26 avril 2023.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir notamment « Alcool à l'Assemblée : quand les députés s'enivrent pendant les débats », *Le Journal du Dimanche*, 25 février 2023 [En ligne : <https://www.lejdd.fr/politique/quand-lalcoool-sinvite-lassemblee-nationale-boire-et-deboires-au-palais-bourbon-132994>] ou J. LE BORGNE, « Retraites : la consommation d'alcool en hausse à la buvette de l'Assemblée », *Le Point*, 27 février 2023 [En ligne : https://www.lepoint.fr/politique/retraites-la-consommation-d-alcool-en-hausse-a-la-buvette-de-l-assemblee-27-02-2023-2510135_20.php].

⁶⁵ Selon « Alcool à l'Assemblée : quand les députés s'enivrent pendant les débats », art. cité.

tendre⁶⁶ durant la période de l'examen de la réforme des retraites. Le groupe LFI s'y est, en effet, engagé dans un discours de contestation permanente de la présidente de l'Assemblée⁶⁷.

En définitive, rétablir au Palais Bourbon l'*affectio societatis* indispensable au service de notre démocratie parlementaire prendra certainement du temps. Sans doute, cela sera-t-il d'abord le résultat d'un changement de comportement des députés eux-mêmes, davantage que celui de la modification et de l'adaptation d'un certain nombre de dispositions réglementaires relatives au fonctionnement de l'Assemblée nationale que les députés les plus récalcitrants s'attacheront toujours à essayer de tourner.

À la fin de ce débat tumultueux sur les retraites, quatre anciens présidents de l'Assemblée nationale, l'ayant chacun présidé à des périodes différentes et avec des majorités différentes, Bernard Accoyer, Claude Bartolone, Jean-Louis Debré et François de Rugy, ont voulu lancer un appel aux députés de tous les groupes :

Il n'est, en République, plus belle fonction que de représenter le peuple : Respectez l'Assemblée nationale et sa présidente. Respecter le bon fonctionnement de l'Assemblée nationale, c'est respecter la République. Respecter la capacité de l'Assemblée à débattre et à voter sur tous les textes législatifs, c'est respecter les citoyens que vous représentez⁶⁸.

Comment ne pas y souscrire, si nous voulons, tous, préserver notre démocratie parlementaire ?

Jean-Félix de Bujadoux

Docteur en droit de l'Université Paris Panthéon-Assas, Chercheur associé au Centre Maurice Hauriou – Université Paris Cité.

⁶⁶ C. VIGOUREUX, « Yaël Braun-Pivet et les insoumis, chronique d'une détestation », *L'Opinion*, 14 avril 2023, qui souligne : « La présidente du groupe (LFI) est comme son mentor Jean-Luc Mélenchon, une adepte de la "théorie de la conflictualité" et assume que tout soit politique, jusque dans la manière de dire bonjour ».

⁶⁷ Les mots de la présidente Mathilde Panot accusant la présidente de l'Assemblée d'être « l'exécutante des basses de l'exécutif dans son virage autoritaire » dans sa lettre en réponse à Yaël Braun-Pivet publiée sur son compte twitter, font écho à ceux de Jean-Luc Mélenchon au JT de TFI du 23 mars, selon lesquels « Madame Braun-Pivet se comporte comme une chef de bande macroniste ».

⁶⁸ « Accoyer, Bartolone, Debré et Rugy aux députés : "Respectez l'Assemblée nationale et sa présidente" », *Journal Du Dimanche*, 5 mars 2023.

Le « chemin démocratique » ou les mésaventures du présidentielisme minoritaire

Dans les différents éléments de langage généreusement diffusés par acteurs et commentateurs de la vie politique et institutionnelle avant, pendant et après le vote du projet de loi de finances rectificatives de la Sécurité sociale pour 2023 contenant la « réforme » dite « des retraites », c'est-à-dire, essentiellement, l'augmentation de l'âge légal de départ des salariés de 62 à 64 ans, le dernier est sans doute le plus remarquable pour quiconque s'intéresse à ce qui passe souvent inaperçu : les mots de la politique dont il arrive qu'ils soient aussi ceux du droit constitutionnel. À l'issue de l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le vote du projet de loi de finances rectificatives de la Sécurité sociale pour 2023 puis de la décision du Conseil constitutionnel 2023-449 DC du 14 avril 2023, une formule est revenue à plusieurs reprises dans la bouche de membres du Pouvoir exécutif : la loi avait terminé son « chemin démocratique ». L'expression, utilisée à plusieurs reprises, d'abord par le président de la République¹ puis par la Premier ministre² relevait bien sûr des fameux « éléments de langage » (« EDL » comme on les surnomme dans le jargon des professionnels de la politique et de la communication d'entreprise), réputés incontournables, car il faut bien dire quelque chose qui doit pouvoir être glosé sur les chaînes de commentaires continus : à l'heure de la société de l'ultracommunication, nul ne saurait garder le silence. Dans un sens, donc, elle ne voulait rien dire. Mais dans un autre sens au contraire, elle semblait vouloir dire une chose et même plusieurs : la première était que le processus d'adoption de la réforme des retraites se traduisant par l'augmentation de l'âge légal de départ était arrivé à son terme, qu'il fallait donc arrêter de protester et que continuer à le faire, quel que soit le statut du protestataire, manifestant, membre du parlement ou dirigeant politique, voire à en débattre, revenait à remettre en cause le processus « démocratique » et donc à sortir du « chemin » ; la seconde est que, justement, il y avait eu un « chemin » et qu'il avait bien été « démocratique », contrairement à ce que pouvaient suggérer des esprits en proie à des doutes persistants.

¹ M.-P. VIDAL, « Pour Emmanuel Macron, la réforme des retraites “va poursuivre son chemin démocratique” », Franceinfo [En ligne : <https://lalere.francetvinfo.fr/saintpierre-miquelon/pour-emmanuel-macron-la-reforme-des-retraites-va-poursuivre-son-chemin-democratique-1377810.html>].

² « C'est factuellement la fin du chemin démocratique », déclara-t-elle à une chaîne de télévision le 14 avril 2023 après que le Conseil constitutionnel eût rendu sa décision 849 DC.

L'usage du mot « chemin » avait tout d'une périphrase euphémisante. Elle rappelait ironiquement, à ceux en âge de s'en souvenir, le titre du livre de Pierre Mauroy, Premier ministre ayant mis en œuvre, dans le cadre des lois dites « Auroux » par une série d'ordonnances, l'abaissement de l'âge de la retraite de 65 à 60 ans entre 1982 et 1983 : *C'est ici le chemin*, au ton à la fois bucolique et ouvriériste³. Quant à l'adjectif « démocratique », nul besoin de grandes explications pour en saisir le but : faire comprendre, ou plutôt faire admettre, que l'ensemble de la « réforme » était conforme à « la » démocratie ou aux « principes » censés la guider ou la constituer.

Reste que l'emploi de la périphrase semblait traduire un certain embarras comme si parler trop directement de « démocratie » pouvait paraître en décalage au regard des représentations que l'opinion pouvait avoir de la réforme et des conditions dans laquelle elle avait été abordée, conduite et adoptée. Et de fait, comme nous avons eu l'occasion d'en faire la démonstration dans cette *Revue*⁴, le recours à l'adjectif « démocratique » peut se révéler fort utile en raison des vertus sémantiques et discursives qu'il présente et rendre grand service en droit constitutionnel, ou plus exactement dans les *discours* tenus *en* ou *à propos* du droit constitutionnel. Il permet en effet de se référer à la démocratie, implicitement conçue comme une chose, pour revendiquer une conformité ou au contraire la nier, sans être contraint d'avoir à préciser le sens que l'on donne au mot, d'avoir à en formuler une théorie trop explicite permettant d'identifier des critères ou de devoir en assumer les représentations les plus courantes et aussi les plus radicales que l'on peut s'en faire, c'est-à-dire, en particulier, un régime supposant l'accord des gouvernés aux décisions que les gouvernants leur imposent comme étant les leurs. L'adjectif offre ainsi la possibilité d'utiliser un mot très favorablement connoté désormais tout en restant évasif sur ce qu'il implique concrètement et dans lequel chacun projette ce qu'il veut – ou ne veut pas – puisque, de toute façon, personne n'est en mesure de déterminer de manière certaine, c'est-à-dire *scientifiquement prouvable*, les caractéristiques et encore moins la signification de la chose censée lui correspondre. L'évocation du « chemin démocratique » était donc utile en raison de la vertu performatrice des mots même s'il a aussi constitué un piège pour ceux qui en ont parlé tant les représentations qu'il mettait en œuvre sont apparues en décalage avec l'opinion (I) ; il a aussi constitué un euphémisme révélateur pour évoquer la nasse parlementaire dans laquelle s'est enfermé le gouvernement dans la configuration du présidentielisme minoritaire (II).

I. LE PIÈGE DES MOTS

L'emploi de l'adjectif « démocratique » fut d'autant plus utile ici qu'une partie des opposants à la réforme critiquaient son mode d'adoption en le considérant comme contraire à « la » démocratie – ou comme étant « non démocratique » –

³ P. MAUROY, *C'est ici le chemin*, Paris, Flammarion, 1982 : « C'est ici le chemin. Je retrouve les vallonnements des premiers contreforts des Ardennes, les étangs et les bois qui enserrent la petite ville de Fourmies », p. 201.

⁴ B. DAUGERON, « De démocratie à démocratique : le passage du nom à l'adjectif présente-t-il un enjeu de droit constitutionnel ? », *Jus Politicum, Revue de droit politique*, n° 29, 2023 [En ligne : <https://juspoliticum.com/article/De-democratie-a-democratique-le-passage-du-nom-a-l-adjectif-presente-t-il-un-enjeu-en-droit-constitutionnel-1510.html>].

pour plusieurs raisons, pas toutes convergentes. La première, c'est le refus du principe de soumettre le projet de loi au référendum qui s'est traduit ici non seulement par le refus du gouvernement de saisir le président de la République (hypothèse purement formelle dans la configuration de la domination institutionnelle du chef de l'État), mais aussi par le rejet – parlementaire – de la motion référendaire déposée par le groupe Rassemblement national à l'Assemblée nationale, sur le fondement de la seconde hypothèse offerte par l'article 11 de la Constitution⁵ ; la seconde, c'est l'usage répété, par le Gouvernement ou à l'initiative des Assemblées elles-mêmes, comme ce fut le cas au Sénat, de diverses procédures du parlementarisme dit « rationalisé » permettant de raccourcir la durée des débats, souvent agités, sur le fondement de la Constitution ou de dispositions des règlements des assemblées.

Dans ces dernières, trois étaient mises en cause : d'abord, le recours à un projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale (ce que les journalistes ont aimé appeler « véhicule législatif ») prévu à l'article 47-1 de la Constitution pour modifier l'âge de départ légal à la retraite, supposé non adapté et permettant, comme pour une loi de finances, d'enfermer sa discussion dans des délais à la fois stricts et limités (50 jours) offrant le recours, après une seule lecture, à une commission « mixte paritaire » de l'article 45 de la Constitution, voire la mise en œuvre des dispositions du projet par voie d'ordonnances si les délais ne sont pas respectés. Ensuite, par l'utilisation à plusieurs reprises de l'article 44 de la Constitution permettant au Gouvernement de demander à l'assemblée saisie (par exemple au Sénat le 10 mars) de se prononcer par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui, ou de s'opposer, après l'ouverture des débats, à l'examen de certains sous-amendements qui n'avaient pas été préalablement soumis à la commission saisie au fond. Enfin, et surtout, par le recours à l'engagement de la responsabilité du gouvernement sur le vote du texte (bien connu des milieux journalistiques sous le numéro de l'article de la Constitution : « 49.3 ») issu de la réunion de la commission mixte paritaire permettant de le faire adopter sans vote, faute aux motions de censure déposées d'avoir prospéré⁶. En somme, les plus connues et les plus redoutées des procédures, mises en place en 1958 ou postérieurement (par la loi constitutionnelle du 22 février 1996 s'agissant de l'article 47-1 calqué à peu de choses près sur l'article 47 concernant les lois de finances), de la rationalisation du parlementarisme. Les oppositions très vives à l'usage de ces dispositions constitutionnelles rendaient difficile l'emploi, par les deux têtes de l'exécutif, du mot « démocratie » que le gouvernement était accusé de ne pas respecter.

A. Des questions impossibles et sans réponses

Pudeur justifiée ? Le soutenir nous semblerait douteux. Cela reviendrait en effet à considérer que la réforme des retraites n'aurait pas été conforme aux principes que le mot est réputé impliquer. On ne s'y risquera pas. Disqualifier en effet les

⁵ Hypothèse oubliée mais figurant pourtant à l'article 11 de la Constitution : le président de la République peut être saisi par le Gouvernement ou par les deux assemblées conjointement, dans le cadre précis d'une procédure longue et complexe, d'une motion de renvoi prévue par le règlement des assemblées qui interrompt le cours normal de la procédure parlementaire, article 122 du Règlement de l'Assemblée nationale et articles 67 à 69 du Règlement du Sénat.

⁶ Celles déposées le 17 mars par M. Bertrand Pancher et 90 de ses collègues et Mme Marine Le Pen et 87 de ses collègues, les deux ayant été rejetées le 20 mars, le projet de loi rectificative de la Sécurité sociale pour 2023 étant considéré comme adopté.

choix, procédures, comportements ou acteurs du débat sur la réforme des retraites de « contraires à la démocratie » (sous les différents sobriquets possibles comme « anti-démocratique » ou « non démocratique ») suppose de disposer d'un voire plusieurs référents susceptibles de déterminer ce qu'est « la » « démocratie » au sens ontologique du terme. Or, et bien que la chose soit trop peu remarquée, une telle connaissance est en réalité impossible⁷. Tout au plus pourrait-on faire état d'une ou plusieurs théories de la démocratie, sans doute justifiables mais pas moins arbitraires, en tout cas relatives, les unes que les autres. À entendre les mots censés les traduire (« la » démocratie pouvant notamment « être », « représentative », « directe », « semi-directe », « participative », « majoritaire », « délibérative », « coopérative », « de compromis », « augmentée », « élargie », « médiatisée », « médiatique », « numérique », « sanitaire », « sociale », « électronique », « écologique », « inclusive »), il semble manifestement y en avoir plusieurs sans qu'elles semblent trop souffrir de possibles contradictions entre elles. Aucune, surtout, n'est de nature à pouvoir s'imposer comme la « vraie » et à être en mesure de le prouver au regard d'une réalité *extralinguistique*.

On serait aussi et surtout immédiatement confronté à une série de questions constitutionnelles qui, pour avoir été sur toutes les lèvres, et pas seulement journalistiques, pendant les débats, n'en sont pas moins sans réponses, en tout cas sans réponses *sérieuses* hors du domaine politique et pour tout dire hors du domaine du langage, c'est-à-dire qui soit historiquement, politiquement, philosophiquement, juridiquement et épistémologiquement vraie, dès lors que n'est pas déterminée avec un minimum de précision le sens donné aux notions employées. Ainsi l'usage, séparé ou combiné, des articles 47-1, 44 alinéa 3 et 49 alinéa 3 pour faire adopter une loi est-il « démocratique » ? Mieux : ces articles *sont-ils* « démocratiques » comme des commentateurs l'ont demandé benoîtement à l'occasion des nombreux échanges d'opinions médiatiques ? À supposer un critère, et un seul, identifiable, et même en élaborant schématiquement une théorie de la démocratie, on serait tôt confronté à un dilemme sans solution : considérer qu'une procédure constitutionnelle qui enferme un débat parlementaire dans un certain délai (50 jours) et habilite même à mettre en œuvre des dispositions législatives par voie d'ordonnance s'il n'est pas respecté ; permet au gouvernement de sélectionner et regrouper des amendements pour les soumettre aux suffrages des députés ensemble ou autorise à faire adopter une loi sans vote à moins que le Gouvernement qui en a fait la demande ne soit renversé par une motion de censure n'est pas « démocratique », revient implicitement mais nécessairement à considérer que le texte qui les prévoit, c'est-à-dire la Constitution, ne l'est pas lui-même puisque c'est lui qui en constitue le fondement normatif.

C'est là que les difficultés théoriques commencent : car comment concilier pareille analyse avec le fait que la Constitution est aussi considérée comme l'expression de la volonté du peuple au niveau constitutionnel et le fait qu'elle a été approuvée par référendum réputé, lui aussi, malgré l'hostilité dont il est l'objet en France, être une expression de la « démocratie » ? Parce que ces procédures ne seraient pas conformes à la « démocratie parlementaire » ? Mais qu'est-elle ? Que

⁷ Comme l'a méthodiquement démontré J.-M. DENQUIN, « Représentation, démocratie et relativité de l'ontologie », *Jus politicum, Revue de droit politique*, n° 29, février 2023 [En ligne : <https://juspoliticum.com/article/Democratie-representation-et-relativite-de-l-ontologie-1506.html>].

désigne précisément cette expression au-delà des mots de la politique, de la controverse partisane ou de la catégorie constitutionnelle platonisante ? Les assemblées parlementaires existent sur le fondement de la *représentation* et non de la « démocratie » que l'on sache, le gouvernement représentatif ayant d'ailleurs plutôt été élaboré contre elle pour le sens que l'on pouvait connaître au XVIII^e siècle et le vote des assemblées pensé pour éviter celui du plus grand nombre. Si l'on considère que c'est le vote des membres des assemblées qui constitue « la » démocratie, en particulier celui de la loi, certains auteurs font aussi observer que « gouverner, c'est légiférer⁸ » et que rien n'est plus « démocratique » que de donner au gouvernement les moyens d'agir en contournant ce vote afin d'éviter de retomber dans les errements d'un parlement omnipotent empêchant l'exécutif de gouverner, fondement ontologique de la V^e République.

Parce qu'elles entraveraient le « bon déroulement » du « débat démocratique » ? Mais en quoi consiste-t-il exactement ? Sur quels critères de référence stables ? Et de quel « débat » s'agit-il au juste ? Celui qui a lieu à l'*extérieur* ou à l'*intérieur* du Parlement ? Le Conseil constitutionnel qui, s'il n'a évidemment jamais fait usage de la notion de « démocratie parlementaire », utilise bien, en revanche, la notion de « débat démocratique » (décision 95-370 DC et tout récemment dans la décision 2023-449 DC si critiquée). Mais s'il la lie au « bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels », il est loin de définir le concept en se contentant de considérer que ces deux notions « supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins⁹ », autrement dit, du point de vue juridique, que chacun puisse utiliser les *habilitations normatives* qui sont à sa disposition. On ne peut pas dire que le concept soit très précisément défini ni même seulement circonscrit à supposer qu'il soit possible et opportun de le faire ; on ne peut pas dire non plus que la signification qu'il semble lui donner fasse un meilleur sort au Parlement qu'au Gouvernement : ce serait même plutôt l'inverse. Et à conjecturer que l'on retienne le critère du « vote » ou des conditions de la « délibération » des assemblées pour discriminer ce qui serait « démocratique » de ce qui ne le serait pas, demeurent deux problèmes : d'une part, le fait que ce sont aussi les assemblées elles-mêmes qui, par le biais de leur règlement, ont choisi de restreindre les conditions du vote ou de temps de débat comme le permettent les articles 38, 42 et 44 du règlement du Sénat ou le « temps législatif programmé » prévu dans celui de l'Assemblée nationale à son article 49¹⁰ ; d'autre part, la difficulté à rendre ce critère conciliable avec d'autres discours tenus sur la Constitution

⁸ Voir P. AVRIL, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 91 [89-99].

⁹ « Cons. n° 10 : Considérant que le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins. »

¹⁰ Certes sur le fondement de l'article 17 de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, mais sans qu'elles n'y soient juridiquement contraintes : « Les règlements des assemblées *peuvent*, s'ils instituent une procédure impartisan des délais pour l'examen d'un texte en séance, déterminer les conditions dans lesquelles les amendements déposés par les membres du Parlement peuvent être mis aux voix sans discussion.

et la démocratie, en particulier celui qui sévit depuis une trentaine d'années consistant à envisager la Constitution, non seulement comme expression de la volonté du peuple au niveau constitutionnel, ce qui peut évidemment se concevoir, mais comme expression d'une « démocratie continue » quand le Conseil constitutionnel la fait parler. On le voit, les questions qui fâchent, ou devraient fâcher ceux censés s'inscrire dans une *démarche juridique*, sont nombreuses.

Autant dire que personne n'a intérêt à faire exploser des bombes théoriques aux quatre coins des institutions en confrontant les grands mots de la politique qui sont aussi ceux de certains métaconcepts platonisants du droit constitutionnel (« démocratie représentative », « démocratie directe », « démocratie-semi-directe », « démocratie parlementaire », « démocratie délibérative », « démocratie majoritaire », « démocratie sociale », « démocratique », « non démocratique ») à ses mécanismes et procédures juridiques, en particulier constitutionnelles, censés les mettre en œuvre dont nul n'est capable de prévoir précisément les dommages collatéraux. Or, il y en a déjà au moins deux.

B. De fâcheux dommages collatéraux

Le premier concerne la question de la consistance de ces notions et de leur conciliation entre elles : à la supposer définissable, où voir la « démocratie » ? Dans la Constitution, les lois et les procédures qu'elles imposent, autrement dit *dans les expressions de volonté juridique du peuple représenté*, ou dans le « vote », quel que soit son objet, des citoyens-électeurs assimilés au peuple voire des membres du Parlement en considérant, pour ces derniers, les conditions dans lesquelles ils délibèrent ? Les deux ? Mais comment les faire cohabiter puisqu'il ne saurait exister deux volontés *du même peuple* dans l'État et que ces conceptions ont quelque chose d'inconciliable une fois dépassées les oppositions historiquement fausses et épistémologiquement creuses entre « démocratie représentative » et « démocratie directe » et dégonflées ces baudruches que sont les notions platoniciennes qui peuplent l'univers du droit constitutionnel ?

Le second dommage est qu'une fois les mises en cause lâchées avec des grands mots, elles peuvent être prises au sérieux par d'autres que ceux qui les profèrent indépendamment de la controverse politique idéologique ou partisane, au demeurant très légitime. Ainsi, compte tenu de la fièvre suscitée par le débat sur les réformes des retraites en France, le président de la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, inspiré on ne sait trop par qui, a cru bon de demander l'avis de la *Commission européenne pour la démocratie par le droit* dite « de Venise » « *sur l'article 49 de la Constitution française et la pratique établie permettant au gouvernement de forcer l'adoption d'un projet de loi sans vote à l'Assemblée nationale, sauf si celle-ci adopte une motion de censure* » afin de vérifier, dans « *le cadre des examens périodiques réguliers par l'Assemblée parlementaire du respect des obligations contractées par les États membres lors de leur adhésion au Conseil de l'Europe* » si la France était toujours bien un « *État démocratique* ». Après une visite sur place et réception d'une délégation par certaines autorités françaises, un « Avis intérimaire sur l'article 49.3 de la Constitution » a été adopté par la Commission

Lorsqu'un amendement est déposé par le Gouvernement ou par la commission après la forclusion du délai de dépôt des amendements des membres du Parlement, les règlements des assemblées, s'ils instituent une procédure impartissant des délais pour l'examen d'un texte, doivent prévoir d'accorder un temps supplémentaire de discussion, à la demande d'un président de groupe, aux membres du Parlement ».

de Venise lors de sa 135^e session plénière (Venise 9-10 juin 2023), dans lequel est observée la chose suivante :

Dans un *État démocratique*, les normes générales sont adoptées par le parlement au terme d'un processus législatif qui – dans les systèmes bicaméraux avec des pouvoirs symétriques dans les deux chambres – nécessite au moins deux lectures, des intervalles entre les lectures et des délibérations au sein d'une commission, ce qui empêche l'adoption précipitée des lois.

Voilà une pierre jetée dans le jardin constitutionnel de la France. La notion « d'État démocratique » qui n'a pourtant pas plus de signification « vraie » quand elle vient du Conseil de l'Europe que quand elle est employée par un État membre, n'en est pas moins saisie par lui, bien décidé qu'il est à lui donner le sens qu'il veut, quitte à faire basculer la Constitution française dans les ténèbres sans fonds du « non démocratique ». Arroseurs arrosés. Mais ce n'est pas le seul des pièges de la réforme des retraites, l'un d'entre eux a aussi été institutionnel.

II. LE « PRESIDENTIALISME MINORITAIRE » AU PIEGE DE LA DELIBERATION PARLEMENTAIRE

Le concept de « présidentielisme minoritaire » n'est pas présent dans la Constitution bien sûr, et constitue seulement un terme du métalangage constitutionnel, en l'occurrence une notion que nous avons forgée, il y a presque vingt ans, pour donner un cadre d'analyse permettant de rendre compte du fonctionnement institutionnel d'une des évolutions de la V^e République venant perturber un autre fonctionnement, dont il est rendu compte par une autre notion : le présidentielisme majoritaire¹¹. Bref rappel : ce que l'on nomme « présidentielisme majoritaire » est le nom donné par le doyen Vedel au mode de fonctionnement de la configuration institutionnelle la plus fréquente sous la V^e République où, malgré le cadre constitutionnel parlementaire, existe une prépondérance présidentielle permettant de le détourner sans complètement l'ignorer. Les causes sont connues : l'élection du président de la République au suffrage universel sur un programme de gouvernement ; la subordination du Premier ministre mettant en œuvre les décisions présidentielles censées être issues de son programme ; le soutien de l'Assemblée nationale à travers « La Majorité » parlementaire élue dans le sillage présidentiel et pour le soutenir (comme les affiches électorales des candidats aux élections législatives accolant leur portrait à celui du président de la République fraîchement élu le montrent). Dans ce cadre, les élections législatives sont renvoyées au rang d'élections confirmatives du seul scrutin considéré comme important, l'élection du président de la République. Ces conditions permettent un fonctionnement institutionnel qui ne semble pas « découler » du texte de la Constitution sans toutefois passer pour en être la « violation » d'autant que le gouvernement reste formellement responsable devant l'Assemblée nationale et que cette responsabilité, même purement négative, est considérée comme suffisante pour regarder la pratique comme encore liée à l'énoncé constitutionnel.

¹¹ B. DAUGERON, « La cohabitation et ses faux-semblants : réflexions sur le présidentielisme minoritaire », *Revue du droit public*, 2004, n° 1, p. 67-109.

A. Du présidentielisme programmatique au présidentielisme minoritaire

Des trois éléments, l'un semble prépondérant, du moins matriciel : l'élection du chef de l'État au suffrage universel, et ce pour une raison majeure : les « campagnes présidentielles » passant, la dimension programmatique de l'élection déjà évoquée par J. Massot à la fin des années 1980, n'a cessé de s'amplifier¹². Au point que, comme nous l'avions suggéré en 2017, ce « présidentielisme majoritaire » pourrait bien, en réalité, être qualifié de « présidentielisme programmatique¹³ ». L'élection présidentielle ne décide plus seulement des grandes orientations mais va désormais jusqu'au « catalogue de mesures » devant couvrir tous les domaines politique, économique et social et être dûment « chiffré ». Et une mesure prévue dans le « programme » présidentiel (parfois rebaptisé « projet ») d'un candidat élu vaut approbation populaire de ce dernier. Au point que l'on en vient à se demander la nécessité, à l'aune de cette vision simplifiée de l'expression de la volonté nationale, de recourir à des élections législatives voire à l'existence d'autres institutions si tout est censé avoir été approuvé par l'élection du président de la République. C'est d'ailleurs cette logique qui a débouché sur une ritournelle entendue lors de débats publics sur des « réformes » conduites par différents présidents via leur Gouvernement pour éviter le recours à tout référendum voire tout débat parlementaire forcément jugé trop long : la mesure a été approuvée lors de l'élection du président de la République. À quoi bon délibérer ? Le suffrage universel s'est exprimé ; il est le peuple ; donc le peuple a parlé : l'Assemblée nationale doit suivre. Toute tentative de remise en cause est « obstruction ».

Ce raisonnement, aussi répandu soit-il, est en réalité des plus pernicieux car il porte en lui la négation de toute logique institutionnelle. Mais il ne peut pleinement fonctionner que si « La Majorité » censée constituer le soutien politique au chef de l'État, lui-même censé constituer à lui seul la prétendue « majorité présidentielle », est *majoritaire* au sens arithmétique¹⁴. Quand elle ne l'est pas de manière absolue, même de justesse éventuellement de manière composite, comme c'est le cas depuis les élections législatives de juin 2022 pourtant produit du scrutin majoritaire uninominal auquel les meilleurs esprits ont toujours prêté toutes les vertus stabilisatrices, la logique du présidentielisme majoritaire se grippe¹⁵. La domination présidentielle demeure puisque le Premier ministre reste soumis au chef de l'État (ce qui le distingue de ce qui a été nommé « cohabitation » où une majorité hostile au président de la République se dégage, laquelle soutient « son » Premier ministre contre le président de la République), mais le soutien parlementaire n'est plus garanti. Il ne suffit plus de constater l'existence de *La Majorité* chargée de mettre en

¹² J. MASSOT, *L'arbitre et le capitaine*, Paris, Flammarion, 1987, p. 193-195.

¹³ B. DAUGERON, « Élection présidentielle : les illusions du “présidentielisme programmatique” », 7 avril 2017 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2017/04/07/election-presidentielle-les-illusions-du-presidentielisme-programmatique/>].

¹⁴ Sur l'absurdité de la formule, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre article « L'influence de la notion de “Majorité” dans le fonctionnement de la V^e République (1958-2018) », in P. BLANCHER (dir.), *La Constitution de la V^e République : 60 ans d'application*, Paris, Lextenso, 2018, p. 279-291.

¹⁵ Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre billet : B. DAUGERON, « Élections législatives de 2022 : la fin du présidentielisme majoritaire ? », *Blog Jus Politicum*, 29 juin 2022 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2022/06/29/elections-legislatives-de-2022-la-fin-du-presidentielisme-majoritaire-par-bruno-daugeron/>].

œuvre le programme du président de la République (en tout cas les aspects qu'il est *désireux* de mettre en œuvre), il faut « construire *des majorités* » comme a bien dû finir par le reconnaître la Premier ministre remettant au goût du jour des formules pourtant honnies des temps lointains de la IV^e République. En somme, l'exécutif ne peut plus « administrer les pratiques parlementaires¹⁶ ».

B. Les effets parlementaires du présidentielisme minoritaire

Plusieurs effets en découlent au Parlement. Le premier est la fin de la quasi-automatisme du vote des députés car, sauf lorsque le gouvernement est en mesure d'engager sa responsabilité sur le vote d'un texte – c'est-à-dire uniquement une fois par session pour un projet ou une proposition de loi autre qu'un projet de loi de finances ou de financement de la Sécurité sociale comme le prévoit la Constitution depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 –, les engagements programmatiques présidentiels ne peuvent plus être mis en forme de loi que si la majorité de l'Assemblée nationale ne s'y oppose pas puisqu'elle n'est plus là pour lui apporter son soutien sinon aveugle du moins complaisant au Gouvernement. La rhétorique de l'élection présidentielle comme choix des grandes orientations politiques par cet argument reste forte pour justifier l'action que le Gouvernement souhaite entreprendre, mais l'élection présidentielle ne suffit plus pour déterminer et conduire la politique de la nation. La logique parlementaire chassée par la porte de la comédie médiatique de l'élection présidentielle revient par la fenêtre des assemblées. C'est ce que nous avons nommé, en 2022, l'échec du « montage présidentia-liste » basé sur l'inversion du calendrier électoral.

Le second effet est que le parlement, et spécialement l'Assemblée nationale, devient le lieu de tous les dangers pour le Gouvernement contraint, faute de « véritable contrat de gouvernement¹⁷ », de naviguer en permanence non seulement pour constituer *des majorités* (ce à quoi il parvient d'ailleurs mieux que l'on avait pu le penser au départ) mais pour éviter de provoquer le point de rencontre permettant aux oppositions de se coaliser, de devenir la majorité et de le renverser. Un passage par le Parlement pour l'examen d'un projet (ou même une proposition puisqu'elles sont devenues tendanciellement plus nombreuses à être adoptées¹⁸) sur un thème singulièrement sujet à controverses doit donc être murement réfléchi fût-il pensé pour être en mesure de dire que l'on assure une publicité au débat. Pourquoi donc s'y risquer s'il était juridiquement possible de l'éviter comme c'était le cas pour celui sur la réforme des retraites ? On s'explique mal, en effet, le recours

¹⁶ Selon l'expression de D. BARANGER, « Un parlementarisme “rationnalisé” jusqu'à le dérégler », *La Grande Conversation*, 24 mars 2023 [En ligne : <https://www.lagrandeconversation.com/debat/politique/reformes-et-contestations-de-la-ve-republique/#debat-sur-les-retraites-un-parlementarisme-rationalise-jusqua-le-deregler>].

¹⁷ Selon l'expression d'A. LE DIVELLEC : « Parlementarisme négatif, gouvernement minoritaire, présidentielisme par défaut : la formule politico-constitutionnelle perdante de la démocratie française », *Blog Jus Politicum*, 5 avril 2023 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2023/04/05/parlementarisme-negatif-gouvernement-minoritaire-presidentialisme-par-defaut-la-formule-politico-constitutionnelle-perdante-de-la-democratie-francaise-par-ar-mel-le-divellec/>].

¹⁸ 54 % de propositions de loi contre 46 % de projets de loi pour les débuts de la XVI^e Législature (2022-30 avril 2023), voir les statistiques établies par G. SUTTER, « Le succès grandissant des propositions de loi : essai de classification », communication au colloque « Repenser l'initiative législative dans et en dehors du Parlement : approche comparée », Aix-en-Provence, 8 et 9 juin 2023 (à paraître).

à un projet de loi rectificatif de financement de la Sécurité sociale pour faire adopter cette réforme. Non qu'il n'aurait pas été le moyen juridique adapté pour le faire puisque une loi de financement de la Sécurité sociale a bien pour objet de déterminer les principes du financement du régime d'assurance vieillesse en plus des quatre autres branches de la Sécurité sociale (maladie, accidents du travail, maladies professionnelles, famille, autonomie¹⁹) et que, comme le font observer les spécialistes des finances publiques sociales, le périmètre de la loi de financement rectificative n'est pas limité par la loi organique sur le financement de la Sécurité sociale²⁰ – ce que n'a d'ailleurs pu que constater le Conseil constitutionnel²¹ – mais parce qu'il a provoqué un débat parlementaire à haut risque alors que l'essentiel de la réforme, c'est-à-dire l'augmentation de la limite d'âge, aurait pu être adopté par décret : si le choix d'un mécanisme de répartition avec une condition d'âge pour percevoir une retraite relève de la compétence du législateur, la détermination de cet âge, elle, relève du règlement car il n'est qu'une modalité technique d'application du principe d'un âge légal²².

Bien sûr, le changement de l'état du droit par la voie réglementaire n'aurait pas rendu la protestation moins vive tant l'opinion semblait hostile au principe même de l'augmentation de l'âge de départ en retraite : les oppositions, les syndicats voire la rue n'auraient sans doute pas manqué de s'exprimer et les parlementaires d'avoir des velléités d'engager la responsabilité du gouvernement à l'Assemblée nationale même pour l'usage de dispositions réglementaires comme cela a été le cas, par le passé, pour des réformes adoptées par ordonnances ou par décret. Mais sans le bruit et la fureur à l'Assemblée nationale et sans faire usage de l'arsenal cumulé des procédures dites du « parlementarisme rationalisé » auquel est mécaniquement lié le vote d'un projet de loi de financement même « rectificatif » de la Sécurité sociale depuis la loi constitutionnelle du 22 février 1996 qui a créé l'article 47-1. Ces procédures sont de plus en plus mal considérées dans l'opinion qui semble avoir perdu de vue les conditions historiques de leur existence dont l'usage fait à l'occasion de cette réforme était, pour une fois, même si les contextes n'ont par définition rien de comparable, relativement proche du modèle pour lequel il a été pensé à l'origine à plus de 65 ans de distance : permettre à un Gouvernement d'agir alors qu'il est trop minoritaire pour imposer ses vues mais pas assez pour être renversé.

Procéder ainsi semblait traduire la volonté du Gouvernement d'engager le débat devant le Parlement tant une réforme par voie réglementaire aurait été mal reçue alors même qu'il n'est pourtant pas spécialement réputé pour s'embarrasser de précautions de prévenance. Mais, en mettant le dossier au cœur du chaudron parlementaire, il a attisé les oppositions et s'est aussi inmanquablement placé dans la situation d'avoir à se servir des procédures les plus décriées du parlementarisme rationalisé et même de les enchaîner méthodiquement en suscitant à chaque fois une bronca par le sentiment qu'il donnait de souhaiter couper court à un débat qu'il s'était paradoxalement imposé d'avoir. Résultat ? Le déchainement des opposants et la transformation des séances des assemblées en joutes verbales furieuses et bruyantes par l'intermédiaire parfois ininterrompu de rappels au règlement au

¹⁹ Voir R. PELLET, *Droit financier public. Vol. 2 – Finances publiques, Budgets, Contrôles financiers*, Paris, PUF, 2021, p. 441-442.

²⁰ *Ibid.*, p. 444.

²¹ Voir les paragraphes 8 à 12 de la décision 2023-849 DC, précitée.

²² Voir R. PELLET, *Leçons de droit social*, Paris, Dalloz, 2005, p. 79.

point de créer le « point de jonction » majoritaire de toutes les oppositions qui a failli l'emporter : la motion de censure déposée par les députés du groupe LIOT rejetée à seulement neuf voix près.

Il y a fort à parier que la logique du présidentielisme programmatique n'est pas pour rien dans cette affaire : tout ce qui avait été artificiellement caché et enfoui par la réélection du chef de l'État, tel le retour du refoulé, n'en a refait surface que plus violemment, proportionnellement à l'artifice que constitue l'élection présidentielle en principe faite pour désigner un homme doté de certaines compétences et non pour déterminer un programme de gouvernement, surtout quand il est devenu si impopulaire. D'autant que la *minorité gouvernementale* a, lors des débats parlementaires, conservé ses habitus de *Majorité hégémonique* consistant à ne voir dans le processus délibératif qu'une étape contraignante et chronophage où toute démarche, question, même de légistique, qu'elle n'a pas décidé d'adouber a tendance à être considérée comme de « l'obstruction ». L'idée de discussion et de délibération disparaît malgré une durée des débats inhabituellement longue pour un projet de loi. Guère étonnant, dans ces conditions, que tout soit devenu, de part et d'autre, provocation et prétexte à en découdre. Le « chemin démocratique » s'est révélé être un parcours du combattant, voire un calvaire.

Avec les dommages collatéraux évoqués plus haut en prime : l'immixtion du Conseil de l'Europe dans les mécanismes de la Constitution française fixant les rapports entre le Gouvernement et le Parlement et leur volonté de comparer les « standards » de ce que, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la notion de « société démocratique », ils prescrivent comme étant un « État démocratique ». Or, ces derniers semblent mal s'accorder avec les facilités conférées à l'exécutif de la Constitution de 1958 ou même avec les mécanismes de rationalisation des débats déterminés par les seuls règlements des assemblées. Ainsi « l'Avis » de la Commission de Venise sur l'article 49 alinéa 3 de la Constitution considère que

la combinaison des articles 47-1 et 49-3 risque d'imposer une limitation encore plus lourde des débats parlementaires, qui peut paraître disproportionnée, si l'exécutif est libre de qualifier tout projet de loi comme rentrant dans le champ d'application de ces deux dispositions constitutionnelles²³.

Une enquête est donc annoncée contre le « chemin démocratique²⁴ ». Mais sans distinguer les mécanismes de la Constitution du contexte institutionnel dans lequel ils sont appliqués, autrement dit sans différencier présidentielisme *majoritaire* où leur utilisation ne se justifie guère²⁵ et *minoritaire* où ils jouent plus que jamais leur

²³ « Avis intérimaire sur l'article 49.3 de la Constitution », précité de la Commission de Venise lors de sa 135^e session plénière (Venise 9-10 juin 2023), p. 15.

²⁴ « Conclusion : Avant de parvenir à des conclusions sur cette question, la Commission décide de procéder à une analyse comparative de la manière dont les constitutions et les législations de ses États membres réglementent les motions de censure et les autres moyens par lesquels l'exécutif peut intervenir dans les pouvoirs législatifs des parlements. »

²⁵ Comme le notait G. Carcassonne : « Le problème posé avec ce dispositif n'était pas celui de son principe, légitime, ou de son fonctionnement, efficace : on a vu, et on reverra, des gouvernements sans majorité. Le problème était celui de cette dérive qui avait vu se banaliser une arme dont l'utilisation devait rester exceptionnelle. Elle était faite pour des gouvernements fragiles, elle fut utilisée par des gouvernements forts d'une large majorité, qu'ils étaient pourtant incapables de convaincre. Elle était faite pour conclure un débat qui ne pouvait aboutir autrement,

rôle. Autant dire que les subtilités du système constitutionnel français liées à son histoire risquent de ne pas peser lourd face aux standards européens. C'est dire si la grâce performative du langage est susceptible de transformer un mot en chose mais que la chose peut aussi se retrouver piégée par le mot.

Bruno Daugeron

Professeur à l'université Paris Cité, Directeur du Centre Maurice Hauriou (URP 1515).

elle fut utilisée pour y couper court. Elle était faite pour mettre les députés devant leurs responsabilités, elle fut utilisée pour les en soulager ou affranchir les gouvernements des siennes », G. CARCASSONNE, *La Constitution* (introduite et commentée par), Paris, Seuil, 2013, p. 249.

Ambivalence du présidentielisme

La crise liée à la réforme des retraites a déchainé une vague d'hostilité sans précédent à l'égard de la personne du président de la République. Mais elle a aussi remis au goût du jour *un* thème connu, dont le retour cyclique scande les débats politico-juridiques depuis près d'un quart de siècle. En 2002 déjà, un numéro spécial intitulé *La VI^e République ?* était publié par la *Revue du droit public*. De nombreux écrits fleurirent sur ce thème¹. Puis le sujet fut progressivement délaissé, sans être complètement abandonné, avant de connaître récemment un retour sensationnel bien que, pour l'instant, platonique. Ces intermittences montrent toutefois qu'il ne faut pas être dupe des fureurs d'actualité : elles sont de l'histoire, mais elles sont aussi dans l'histoire. Le sensationnalisme catastrophiste des médias ne doit pas cacher que les phénomènes de contestation du régime s'inscrivent dans la durée. Les faits actuels que, pour des raisons différentes mais convergentes, les acteurs politiques et les médias présentent comme de stupéfiantes et scandaleuses nouveautés, ne doivent pas être perçus exclusivement dans l'émotion de l'instant. Il faut les replacer dans la durée. Une mise en perspective accroît l'intelligibilité des faits et contribue à mettre en lumière, par similitudes et différences, la logique profonde du régime.

Cette logique est décrite généralement comme un processus de *présidentialisation*. Le mot est juste, notamment parce qu'il possède le rare privilège de pouvoir être, selon l'occurrence, descriptif ou normatif, et, dans le second cas, positif ou négatif. Mais il tend par là même à dissimuler le caractère ambigu du phénomène. Or celui-ci n'est pas positif *ou* négatif – selon le point de vue d'un observateur engagé – il est, pour un observateur neutre, positif *et* négatif. Il est, par nature, *ambivalent*.

Les rédacteurs de la Constitution de 1958 ont fait le choix conscient de donner au chef de l'État de vrais pouvoirs, qui forment un vif contraste avec le rôle, solennel mais essentiellement symbolique, confié aux présidents des deux précédentes Républiques. Il est entendu que, sous la V^e République, le Président ne se contentera pas, selon la formule de Clemenceau reprise par le général de Gaulle, d'« inaugurer les chrysanthèmes ». Mais on sait que l'évolution du régime a encore accru l'influence du chef de l'État. Par étapes successives, celui-ci a gagné de nouveaux pouvoirs, que la lettre de la Constitution ne lui attribuait pas explicitement, voire

¹ On peut citer par exemple O. DUHAMEL, *Vive la VI^e République !*, Paris, Seuil, 2002, A. MONTEBOURG et B. FRANÇOIS, *La Constitution de la 6^e République. Réconcilier les Français avec la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2005. Arnaud Montebourg avait créé en 2001 la Convention pour la VI^e République. Sur cette question, je me permets de renvoyer à mon article « La VI^e République a-t-elle un avenir ? », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2004, p. 375-392.

qu'elle paraissait exclure, comme par exemple le droit de révoquer le Premier ministre. Il n'est pas question de retracer ici les étapes de cette évolution, ou de cette dérive, ni d'en discuter la constitutionnalité. Mais il faut en observer le résultat : le président de la République apparaît comme l'acteur principal et même, en un sens, unique de la politique menée par l'État. Le revers de ce pouvoir est toutefois une visibilité totale : rien de ce qu'il fait ou dit n'échappe à la vigilance attentive des médias et du public.

Au commencement du régime, cette situation a suscité une adhésion d'une partie de l'opinion publique, exaspérée par les insuffisances, les échecs, parfois les scandales de la IV^e République. Cette tendance s'est trouvée renforcée par l'apparition, en 1962, d'une majorité parlementaire, qui fut rapidement baptisée *présidentielle*. Qualification paradoxale, puisque le phénomène n'entraînait des conséquences effectives que dans le domaine parlementaire, mais qui manifestait l'influence du chef de l'État sur le processus électoral et rendait possible un positionnement du citoyen moyen par rapport à sa personne comme sur le Gouvernement devenu *son* Gouvernement. Le revers de cette médaille était une polarisation extrême des jugements, positifs ou négatifs, portés sur son action, ses intentions, ses résultats.

L'évolution qui s'en est suivie a connu des étapes et des intensités variables, des paroxysmes et des pauses. On peut y voir des effets de conjoncture liés à la personnalité des individus, mais aussi une tendance générale de plus en plus critique à l'égard de l'institution.

Bien qu'inaugural, le cas du général de Gaulle fut trop singulier pour fonder une tradition : il présentait des états de service dont aucun politicien de série ne pouvait se prévaloir, il ne fut élu qu'une fois au suffrage universel, avec d'ailleurs un score inférieur à celui que ses partisans et sans doute lui-même escomptaient, il a volontairement quitté le pouvoir en 1946 et en 1969. Pompidou ne mit pas en avant sa personne et sa famille, mais fut néanmoins attaqué à travers sa femme. Mort en fonction, la question de sa réélection ne se posa pas. Giscard au contraire mit en scène ses proches et organisa son propre culte, y compris ses fantasmes nobiliaires, le tout orchestré par la complaisance des médias. Mitterrand, dont l'élection était censée mettre fin au coup d'État permanent, usa de tous les avantages de la fonction et obtint des mêmes médias le plus étonnant privilège, le silence longtemps maintenu sur sa vie privée. Chirac suscita des haines violentes avant d'être élevé rétroactivement au statut enviable de président *sympa*. Après une brève célébration de son « hyperprésidence », Sarkozy suscita des sentiments divers, de plus en plus négatifs, sans jamais inspirer le respect. Hollande, qui se voulait « président normal » – programme en lui-même éminemment significatif – hérita du discrédit de son prédécesseur, aggravé par les aléas de sa vie privée. Macron, enfin, suscite une violente hostilité, mais les formes paroxystiques qu'elle prend ne doivent pas masquer le fait que le phénomène n'est en rien nouveau². Ce discrédit fut un facteur

² Le culte et la détestation des personnages présidentiels devraient faire l'objet d'études scientifiques. On peut s'étonner que ce n'ait pas encore été le cas, peut-être y voir un symptôme, car le sujet est important, d'un point de vue sociologique, mais aussi du point de vue institutionnel. Même si leur diffusion resta souvent limitée, les livres politiques ont joué un grand rôle dans cette affaire. Quelques exemples parmi beaucoup d'autres : en mode hagiographique : A. FABRE-LUCE, *Les cent premiers jours de Giscard*, Paris, Robert Lafont, 1974 ; en mode caustique : C. DUPILLE, *Moi j'aime pas Giscard !*, Paris, Balland, 1975 ; H. DELIGNY, *Chirac ou la fringale du pouvoir*, Paris, Moreau, 1977 ; C. NAY, *Les sept Mitterrand*, Grasset, 1988.

décisif dans l'échec de deux personnages cités et le renoncement du troisième à une seconde candidature. En outre, il faut observer que les trois réélections d'un président sortant s'expliquent largement par des données conjoncturelles. Mitterrand bénéficia d'un joker – la cohabitation –, Macron d'un autre – la famille Le Pen – et Chirac des deux. Le moins que l'on puisse dire est que tout cela ne manifeste pas l'évidence d'une *prime au sortant* mais incite plutôt à penser que le pouvoir présidentiel s'*use*.

Ces variations individuelles semblent toutefois s'inscrire dans une tendance : la fonction se désacralise. Outre le passage du temps et la disparition, qu'on ne saurait regretter, du délit d'offense au chef de l'État³, deux facteurs paraissent expliquer cette évolution. D'une part, l'apparition de chaînes privées rend impossible le contrôle strict de la télévision, fermement reprise en main après mai 68. Le culte présidentiel célébré par des journalistes *dédiés* – terme anachronique mais qui semble pertinent – n'est plus possible : la concurrence tend au contraire à privilégier l'agressivité à l'égard du pouvoir. D'autre part, le développement des « réseaux sociaux » permet une diffusion massive des doléances, insultes et accusations, fondées ou non. On faisait référence jadis à l'existence d'électeurs « légitimistes » – au sens, nouveau, de personnes qui soutiennent le pouvoir en place *quel qu'il soit* – ou d'une *majorité silencieuse*, présumée acquise à celui-ci. Existents-ils encore ? À supposer que tel soit le cas, on doit constater qu'ils sont devenus, définitivement ou provisoirement, inaudibles.

Évoquant le rapport de l'empereur romain à ses sujets, Paul Veyne disait que celui-ci était *auteur du bien et irresponsable du mal*⁴. L'évolution actuelle de la fonction présidentielle paraît tendre à l'inverse : le Président est auteur du mal et irresponsable du bien. Ce qui fonctionne – si quelque chose fonctionne – est l'ordre normal des choses, ce qui ne fonctionne pas – sur ce point aucun doute n'existe – est de la faute du chef de l'État. L'image du président de la République semble condamnée aux extrêmes : homme providentiel ou bouc émissaire, il est encensé ou conspué.

Si l'on observe le phénomène dans la durée, autrement dit si l'on ne se borne pas, comme la plupart des journalistes, à gloser sur l'actualité immédiate, ce constat paraît s'imposer. Mais le décrire n'est pas le comprendre. Il faudrait l'expliquer, ce qui suppose d'abord de le définir. Car il est manifeste qu'il ne relève exclusivement ni d'une analyse politique ou idéologique – détestation des présidents de droite par la gauche et des présidents de gauche par la droite – ni du vedettariat réservé aux acteurs, chanteurs, footballeurs, adulés, mais parfois anathématisés pour une parole malheureuse ou un acte que la morale (médiatique) réproouve. Il est frappant qu'aucun mot – pas même un mot anglais ! – ne se soit imposé pour décrire l'évolution contemporaine, c'est-à-dire la montée de l'allergie au présidentielisme, qui se traduit notamment par un regain de l'appel à un changement de régime.

On peut être tenté d'y voir un effet pervers de la *personnalisation du pouvoir* qui, d'abord populaire, serait ressentie, au fil du temps, de plus en plus négativement. La difficulté naît ici du caractère notoirement ambigu de la notion, lié à la polyvalence de l'adjectif *personnel*, pris tantôt dans un sens générique – tout individu est

³ Sur cette question, voir l'ouvrage d'O. BEAUD, *La République injuriée. Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République*, Paris, PUF, 2019.

⁴ P. VEYNE, *Le pain et le cirque*, Paris, Seuil, 1976, p. 558-560.

une *personne* – et tantôt dans un sens distinctif et promotionnel – certains individus sont des *personnalités* plus égales que les autres et auxquelles il est envisageable, voire prescrit, de rendre un *culte*⁵. Le thème connut son heure de gloire au début de la V^e République, car il paraissait adéquat pour décrire, voire expliquer, le contraste évident entre les nouvelles institutions et la précédente République. De cette problématique subsiste un témoignage remarquable, tant par la qualité des intervenants que par l'acuité des analyses : les actes du colloque organisé à Dijon sur ce sujet en mars 1962⁶. La notion de personnalisation fut ensuite délaissée, soit que la problématique ait cessé de paraître nouvelle, soit que l'on ait eu recours à une autre terminologie. On a notamment abusé du mot *charisme*, emprunté à Max Weber mais chargé d'un sens assez peu conforme à l'usage que celui-ci en faisait⁷. L'expression « personnalisation du pouvoir » est cependant encore en usage et l'on voit immédiatement que son objet, les rapports ambigus entre l'individu et la fonction, le rôle sociologique et le personnage qui l'incarne en une conjoncture donnée, est en rapport direct avec l'ambivalence du présidentialisme. Il n'est donc pas sans intérêt de revenir à l'ouvrage de 1962.

Au moment où se tient le colloque, le général de Gaulle est au pouvoir, mais les événements de l'automne qui vont changer le cours du régime et précipiter le processus de présidentialisation n'ont pas encore eu lieu⁸. Le rapport introductif d'Albert Mabileau et le rapport d'ensemble de Léo Hamon posent clairement l'objet de l'étude. Léo Hamon entend par présidentialisation « l'ensemble des phénomènes qui renforcent en apparence ou en réalité le pouvoir d'un homme ; la personnalisation, c'est ainsi le renforcement apparent ou réel d'une personne⁹ ». Dans cette perspective, il reprend et développe les deux thèmes distingués par Albert Mabileau : l'*incarnation* est un phénomène subjectif et peut être définie par le fait que l'individu ne se réduit pas à sa fonction et ne peut donc s'abriter, pour ainsi dire, derrière elle. La concentration, en revanche, est objective : les pouvoirs de l'individu sont accrus en réalité et non en apparence. Entre les deux phénomènes, des interactions existent à l'évidence : plus l'individu *incarne*, plus son pouvoir tend à

⁵ Pour un exemple contemporain, parfaitement compréhensible mais en décalage avec la thématique traditionnellement appelée par l'expression, on peut citer la phrase suivante : « Le Conseil constitutionnel est venu contenir la personnalisation du pouvoir qui découle de la publicisation de la vie personnelle en limitant la part de vie privée contenue dans la sphère publique. » (J.-F. KERLEO, « Contrôler/surveiller la représentation, remède ou avatar de l'antiparlementarisme ? », in P. JENSEL-MONGE et A. VIDAL-NAQUET, *L'antiparlementarisme*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 220.

⁶ *La personnalisation du pouvoir. Entretiens de Dijon [...] publiés sous la direction de Léo Hamon et Albert Mabileau*, Paris, PUF, 1964.

⁷ Le terme a en effet subi une banalisation radicale. Il faut toutefois observer que chez Weber lui-même le mot était déjà ambigu. Comme l'a montré Paul Veyne, l'analyse de celui-ci ne distinguait pas entre les sentiments induits portés au Roi, dont son héritier héritera, et les sentiments d'élection que suscite l'homme providentiel (Voir P. VEYNE, *Le pain et le cirque*, op. cit., p. 575-580) ; J.-M. DENQUIN, « Réflexions sur la notion de charisme : le général de Gaulle était-il charismatique ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, 2020, p. 797-808.

⁸ Le décalage temporel entre le colloque et sa publication explique que l'événement soit mentionné. Trop récent pour que ses effets soient connus et conceptualisés, il demeure cependant sans influence sur les analyses.

⁹ L. HAMON, « Rapport d'ensemble » in *La personnalisation du pouvoir*, op. cit., p. 457.

s'accroître, et réciproquement. Cette dichotomie s'applique parfaitement au système présidentiel, bien que le terme d'« incarnation » apparaisse discutable¹⁰. On pourrait en effet observer que le mot s'appliquerait mieux à un phénomène beaucoup plus général : une fonction ne se manifeste en pratique qu'incarquée par un individu qui l'exerce. La royauté n'existe que par le roi, la présidence par le Président, le Conseil par les conseillers, etc. En ce sens, le président de la IV^e République n'incarnait pas moins que celui de la V^e République. Un autre terme devrait donc être trouvé pour signaler le différentiel qui distingue les deux notions.

Mais il convient aussi d'observer qu'à côté de la définition générale citée, on peut en suggérer une autre, que Léo Hamon évoque d'ailleurs, mais sans développer ce point : sans doute entend-il considérer l'objet dans sa dimension la plus vaste, qui permet en outre d'introduire la distinction entre incarnation et concentration du pouvoir.

Dans son intervention, François Bourricaud pose en effet la question de savoir ce qui « nous permet de comprendre en quel sens le pouvoir *peut être dit personnel* » et y répond de la manière suivante :

[le pouvoir] est personnel en ce que c'est un individu qui a à répondre des suites de ses actes ; mais cette personnalisation n'est pas rigoureuse parce que les conséquences de ses décisions ne sont pas toutes prévisibles, et que, ses propres plans interférant avec les plans d'autres « joueurs », (associés ou rivaux) sur lesquels il ne dispose que de peu ou pas de moyens, leur réussite ou leur échec ne dépend pas seulement de lui.

D'où le fait que « sa responsabilité consiste d'abord en ce qu'il doit toujours être prêt à répondre à toute réquisition, de quelque côté que vienne l'interpellation¹¹ ». Le décideur est *responsable* devant tous, amis et ennemis, et de tout, qu'il ait eu ou non l'intention des choses qu'il a faites. La cause de cette personnalisation n'est donc pas la responsabilité *effective* – si cette notion à un sens – de l'individu mais l'*imputation*, c'est-à-dire en pratique l'*accusation*, dont il est l'objet. « La première modalité de la personnalisation du pouvoir est donc la contestation.¹² »

L'analyse générale de Léo Hamon et celle de François Bourricaud ne sont pas contradictoires puisque ce dernier évoque seulement une « première modalité » de la personnalisation. Mais la relation dialectique de ces deux interprétations ne donne-t-elle pas la clé de l'ambivalence du phénomène ?

La définition générale de Léo Hamon éclaire en effet l'aspect positif du phénomène. Il est simple de personnaliser l'autorité. À l'abstraction vague, éloignée, discontinue, vaguement inquiétante de l'État, la figure du Roi ou du Président confère une forme visible. On peut lui prêter un visage et des sentiments, et l'on peut en éprouver pour lui. Il *m'*est agréable de penser que l'autorité dont *je* dépends est animée de sentiments positifs à *mon* égard : il *m'*aime forcément, puisque *je* l'aime.

La « première modalité » de François Bourricaud met au contraire en lumière la commodité de désigner le responsable du mal. Le contraste est ici frappant avec

¹⁰ Comme Léo Hamon observe lui-même en note, le mot « personnification » serait plus adéquat : il l'a écarté en raison des risques de confusion avec « personnalisation » (*ibid.*, note 1).

¹¹ F. BOURRICAUD, « Sur deux mécanismes de la personnalisation du pouvoir », in *ibid.*, p. 396-397. On notera en passant un exemple de la polysémie qu'assume l'adjectif « personnel ». Il n'est à l'évidence pas ici pris dans le même sens que dans le syntagme « pouvoir personnel ».

¹² *Ibid.*, p. 416.

la situation d'un pouvoir *dépersonnalisé*. Celui-ci, qui demeure rare, comme l'observent Marcel Prélot¹³ et Maurice Duverger¹⁴, se caractérise par une dilution de la responsabilité politique. On peut détester collectivement les hommes politiques – la III^e République est l'âge d'or de l'*antiparlementarisme* – mais on ne peut qu'exceptionnellement focaliser la haine sur un individu particulier puisqu'aucun ne sort du lot¹⁵.

Il résulte de tout ceci que la distinction entre l'incarnation (au sens de Léo Hamon) et la concentration du pouvoir doit être relativisée. D'un point de vue objectif, il est extrêmement difficile de connaître de l'extérieur – et peut-être de l'intérieur – l'exacte nature des relations de pouvoir : qui décide vraiment ? Qui influence qui ? De quels marchandages, compromis ou manipulations les solutions adoptées sont-elles le résultat ? Seule importe donc l'image subjective qu'en perçoit l'opinion. Celle-ci est construite par le discours des médias, de l'opposition – le discours des partisans du pouvoir étant suspect par nature – et des sondages qui forgent l'opinion autant qu'ils la constatent.

Cette observation peut être étendue à l'ensemble de l'*image* du chef de l'État – et le mot « image » doit être pris ici au sens fort, c'est-à-dire par opposition à la réalité et qui se substitue à celle-ci, inaccessible par nature à l'observateur.

Supposons par exemple que le citoyen quelconque estime que le président de la République le méprise. Comment le sait-il ? Il n'a jamais rencontré celui-ci, qui ignore probablement jusqu'à son existence. La réponse est de tous les temps, car le phénomène est immémorial. Elle relève de ce que Paul Veyne nomme « un enjeu de subjectivité » : il s'agit d'une « susceptibilité des sujets à la modalité de commandement¹⁶ ». Le citoyen quelconque ne diffère pas sur ce point de la plèbe romaine qui « jugeait l'empereur sur ses airs avenants et sur son attitude distante ou populaire aux jeux du Cirque, parce que seul un esprit instruit et rationnel peut juger un spécialiste directement sur sa compétence professionnelle : nous jugeons le plus souvent sur l'impression de sincérité ou de sûreté de soi qu'il sait donner [...]»¹⁷ – étant précisé qu'ici la sûreté de soi peut être prise en mauvaise part. À divers indices, certains individus supposent que les *gens comme Macron* méprisent les *gens comme eux*. En outre, les qualificatifs ou « éléments de langage » adéquats leur sont fournis par le discours ambiant, alors qui ne les trouveraient pas nécessairement eux-mêmes ou n'oseraient pas les formuler car ils craindraient que leurs jugements les jugent. Ils les adoptent en revanche s'ils leur sont proposés comme une opinion, soutenable parce que reçue. Le jugement, politique, collectif en sa conséquence, est affectif et personnel en sa cause.

Restent deux questions. Fondamentales, immenses et probablement insolubles, on ne peut ici que les poser. La première est pragmatique : quelle est l'influence pratique de la popularité ou l'impopularité du président de la République sur sa

¹³ « La dépersonnalisation du pouvoir sous la III^e République », in *ibid.*, p. 262-272 ; l'auteur montre que l'impersonnalisation du pouvoir est une doctrine et pas seulement une attitude.

¹⁴ « Institutions politiques et personnalisation du pouvoir », in *ibid.*, p. 423-434.

¹⁵ Maurice Duverger observe cependant que, sous la III^e République, la personnalisation du pouvoir était dominante au niveau local « où l'homme comptait beaucoup plus que l'étiquette du parti » (*ibid.*, p. 425).

¹⁶ P. VEYNE, « L'individu atteint au cœur par la puissance publique », in *Sur l'individu*, Paris, Seuil, 1987, p. 8-9.

¹⁷ P. VEYNE, *Le pain et le cirque*, *op. cit.*, p. 557.

capacité d’agir en fait ? La seconde est juridique : quelle est l’influence de sa cote de popularité sur sa responsabilité en droit ?

Sur le premier point, on perçoit intuitivement que le Président populaire ne peut pas tout faire – certains comportements ruinerait immédiatement et définitivement la confiance dont il jouit – et que la marge d’action d’un Président populaire se trouve de fait réduite par l’hostilité à sa personne. Mais il n’est pas moins clair que ce dernier conserve les pouvoirs que lui confèrent les institutions. Le discrédit qui le frappe ne le prive pas de ses compétences juridiques : définies abstraitement, attribuées à la fonction et non à l’individu, elles sont en principe soustraites aux aléas de la *personnalisation*. Mais, d’un point de vue pratique, c’est le contraire qui est vrai : la coopération des partenaires et l’obéissance des subordonnés ne sont pas automatiques. Modulées selon des nuances qui vont de l’enthousiasme à la grève sur le tas, elles varient en fonction de la personne et de la conjoncture. Le climat général n’est donc pas sans influence sur la pratique effective du pouvoir. Mais il est très difficile de mesurer, *a fortiori* de prévoir, l’influence concrète des états d’âme de l’opinion sur le fonctionnement interne de la machine gouvernementale et sa réception par la société. On peut seulement esquisser des types de situation. François Bourricaud exposait le dilemme du chef populaire ou qui souhaite le devenir :

[...] ou bien, pour conserver intact son capital de sympathie, ne rien faire, de peur, en l’engageant, de le perdre ; ou bien, le mettre en jeu, l’aventurer sur quelques initiatives ou décisions forcément douteuses, et se retrouver démuné de ce capital si précieux qu’il faut pour le conserver, accepter de n’en rien faire¹⁸.

Étonnants portraits prémonitoires : des noms ne viennent-ils pas immédiatement à l’esprit pour exemplifier les deux cas de figure ?

La seconde question concerne la responsabilité.

En un sens, personnalisation et responsabilité sont, si l’on suit l’analyse de François Bourricaud, une seule et même chose. Mais, ainsi entendue et dans l’exacte mesure où elle est totale, cette responsabilité ne peut être *juridique*. C’est une responsabilité *politique*, au sens fort et propre du terme : il faut que quelqu’un paie, symboliquement, pour des faits ou des circonstances qui ont traumatisé l’opinion, dont la gravité n’est pas définie par ses causes subjectives mais exclusivement par ses conséquences objectives, et même si la rhétorique politique, pourtant inventive, ne permet pas d’imputer la responsabilité des faits à un ou des individus concrets.

Le modèle en fut et le paradigme en demeure la responsabilité du gouvernement en régime parlementaire¹⁹. Mais s’il est relativement simple de changer un Premier ministre, il est délicat de détronner un roi ou de chasser un Président élu au suffrage universel. La possibilité d’une destitution du chef de l’État est certes ouverte par l’article 68 de la Constitution. L’expression « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l’exercice de son mandat » est vague et doit l’être, car rien n’exclut qu’un tel « manquement », qui rendrait impossible aux yeux de tous le maintien en fonction de son auteur, ne tombe sous le coup d’aucune loi pénale. Mais les conditions posées pour prononcer une destitution rendent peu probable

¹⁸ « Sur deux mécanismes de la personnalisation du pouvoir », in *La personnalisation du pouvoir*, *op. cit.*, p. 402.

¹⁹ Un vestige en a longtemps subsisté sous la V^e République : la théorie du Premier ministre *fusible*. Elle est aujourd’hui désuète : on peut reprocher au chef de l’État de ne pas intervenir dans un dossier, tout en l’accusant de se mêler de tout s’il le fait.

qu'une telle procédure aille à son terme si la solution n'est pas évidente aux yeux de tous. Son usage demeure donc peu vraisemblable en l'absence d'un consensus qui, au-delà des clivages politiques, serait partagé par une grande partie de l'opinion publique. De telles conditions diffèrent donc de celles qui justifiaient, sous les Républiques précédentes, le renversement d'un Gouvernement. Et dans l'hypothèse où la procédure en viendrait, contre toute attente, à se banaliser, il resterait vrai que, s'il est déjà problématique de changer de Gouvernement tous les deux mois, il semblerait difficilement envisageable d'appliquer le même traitement au président de la République. Il est, pour des raisons pratiques mais impérieuses, impossible d'étendre à un chef d'État le régime de responsabilité politique applicable à un chef de Gouvernement.

Il n'y a donc qu'un moyen de manifester à un Président le peu d'estime qu'on lui porte : refuser de le réélire. Mais il est clair que cette démarche ne peut à l'évidence être comprise comme manifestation d'une responsabilité politique. D'une part, elle n'intervient pas si le chef de l'État, par choix ou par nécessité, décide de ne pas se représenter. D'autre part, le verdict demeure global : on ne veut plus du chef de l'État sortant, mais sans que cette décision puisse être imputée à un acte particulier que l'opinion publique ne lui pardonne pas. Enfin, il est facile d'imaginer – d'autant plus facile qu'elles se sont produites – des situations où un candidat qualifié pour le second tour en vertu du premier alinéa de l'article 7 n'a aucune chance de l'emporter et où, par conséquent, le sortant auquel il s'oppose est inévitablement réélu. Il paraît donc impossible, qu'on le regrette ou non, d'instaurer dans un tel système une responsabilité politique du chef de l'État. Seul un régime parlementaire permet la mise en œuvre d'une telle procédure, car celle-ci n'est applicable de façon récurrente qu'à un chef de Gouvernement.

Jean-Marie Denquin

Professeur émérite de l'université Paris Nanterre, Jean-Marie Denquin est l'auteur de plusieurs ouvrages et articles en droit constitutionnel et philosophie du droit. Il a publié un recueil de ces derniers, *Penser le droit constitutionnel*, en 2019 et, en 2021, *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*.

La Constitution brutalisée

Derrière la crise des retraites, un passage en force

Comme d'autres événements politiques avant elle, la réforme des retraites vient de provoquer la fougue, l'exaltation et les antagonismes. Contrairement à d'autres, elle laisse le goût amer d'un affaiblissement des institutions mêmes qui auraient pu prétendre en sortir victorieuses. À son propos, les points de vue divergent évidemment. Dépités, ses opposants prédisent qu'elle marquera au fer rouge le régime politique de la V^e République. Soulagés, ses défenseurs célèbrent la vigueur des institutions, l'intransigeance de la Première ministre, le succès d'un résultat. Alors que se dissipent les gaz lacrymogènes et l'odeur des poubelles brûlées, la neutralisation de la proposition de loi tendant à tuer dans l'œuf cette réforme semble mettre un terme à cette séquence. Il devient possible, dès lors, de s'interroger sur sa signification et sa portée du point de vue du droit constitutionnel.

En commençant par un constat : il y a longtemps que des passions politiques ne s'étaient muées de la sorte, en France, en querelles d'ordre constitutionnel. Très vite, les débats ont évolué du fond de la réforme – l'allongement de la durée des cotisations – vers les voies procédurales choisies pour la concrétiser. « 47-1 », « 49.3 », « RIP », article 40 et vote bloqué : rarement références à la Constitution s'étaient autant affichées sur les murs et les banderoles des manifestants. Les professeurs de droit ont remplacé les économistes au cœur de l'attention collective : pédagogues ou oracles, pusillanimes ou téméraires, ils ont eu, pour un temps, l'oreille des Français. Quant au Conseil constitutionnel, que les opposants à la réforme percevaient comme un rocher dans la tempête, ses décisions ont suscité une attente sans pareille avant d'être rendues – chose inédite – sous la protection de plusieurs escadrons de gendarmes mobiles.

En regard de ce dont il était question, une telle fièvre, pourtant, ne manque pas d'étonner. De révision de la Constitution, il n'était point question. Chaque institution semble, de prime abord, être restée dans son rôle. Bricoleurs habiles comme à leur habitude, le gouvernement et les parlementaires opposés à la réforme ont utilisé des armes procédurales et médiatiques qui se trouvaient apparemment dans leur panoplie. Ingénieur formaliste comme à l'accoutumée, le Conseil constitutionnel s'est montré peu enclin à endosser le rôle contre-majoritaire que beaucoup escomptaient : il s'en est remis aux choix gouvernementaux, au terme d'une motivation fruste, d'une manière qui n'a pas décontenancé les spécialistes du contentieux

constitutionnel – certains y voyant une marque de « retenue juridictionnelle¹ », d'autres, une forme indirecte d'« activisme juridictionnel² ».

Comment expliquer, dès lors, le mystère de ces ardeurs fébriles, apparemment paradoxales ? À s'en tenir à cette banalité de l'événement, sous le seul prisme de la technique juridique, on manquerait ce qui en fait l'originalité : la rencontre de deux brutalités institutionnelles vouées à provoquer des émotions constitutionnelles singulières, par-delà les avis des uns et des autres sur le fond de la réforme.

Chronologiquement, cette brutalisation est d'abord gouvernementale. Elle se manifeste par l'usage systématique, dans des proportions inédites, d'une diversité de mécanismes mis au service, depuis 1958, d'une « rationalisation du Parlement », classiquement conçus comme des moyens de juguler le possible dévergondage d'initiatives parlementaires³. Le contexte joue alors un rôle déterminant. En rupture avec le « fait majoritaire » devenu la norme au gré de six décennies – à l'exception notable de la législature 1988-1993 –, les élections législatives de 2022 ne conduisent pas à l'émergence, à l'Assemblée nationale, d'une majorité absolue au bénéfice d'un ensemble politique structuré. Bien plus qu'en 1988, les oppositions se trouvent fragmentées, cependant que se devinent des fractures au sein même de deux groupes minoritaires importants – la « Nouvelle Union populaire écologique et sociale » (NUPES) et « Les Républicains » (LR).

Pour envisager les relations futures entre le gouvernement et les députés d'opposition, trois voies se dessinent alors : le compromis, l'instabilité gouvernementale et le durcissement des postures. Les plus optimistes regardent vers la première : pour forger des alliances ponctuelles avec leurs collègues, les députés du groupe présidentiel contribueront peut-être à raviver, pour le bien de nos institutions, des pratiques parlementaires que le fait majoritaire a trop longtemps exclues : la délibération, la négociation et la conciliation. Les réflexes ayant la vie dure, la culture politique restant marquée par l'habitude du fait majoritaire même en son absence, leur déception est immédiate. La deuxième voie se révèle d'emblée obstruée : aussi longtemps que les trois principaux pôles de l'opposition – la NUPES, LR et le Rassemblement national (RN) – continuent de marquer leur incompatibilité, l'instabilité gouvernementale n'est pas sérieusement crainte, même s'il s'en est fallu, en l'occurrence, de peu. En dépit de leur majorité arithmétique, les députés d'opposition, parce qu'ils sont trop divisés pour former une majorité de rechange, demeurent politiquement minoritaires⁴.

Reste alors une troisième voie, vers où se porte immédiatement la préférence gouvernementale : la recherche de majorités artificielles, un texte après l'autre, par la seule contrainte, qui conduit à un durcissement des postures. Elle est factice, certes, mais demande moins d'efforts. Ce sera le fait majoritaire sans la majorité.

¹ Voir D. MAUS, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *Le Monde*, 19 avril 2023.

² Voir E. BOTTINI, M. BOUAZIZ, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *Revue des droits de l'homme. Actualités droits-libertés*, 3 mai 2023.

³ Voir D. BARANGER, « “Un spectacle lamentable” : la réforme des retraites entre opposition radicale et mauvaises pratiques gouvernementales », *Blog Jus Politicum*, 9 mars 2023.

⁴ A. LE DIVELLEC, « Parlementarisme négatif, gouvernement minoritaire, présidentielisme par défaut : la formule politico-constitutionnelle perdante de la démocratie française », *Blog Jus Politicum*, 5 avril 2023.

Le sentier est escarpé. L'emprunter a un coût : la brutalisation, par le gouvernement, de son usage de la Constitution.

Le recours à deux dispositions constitutionnelles incarne singulièrement, dans l'imaginaire collectif, une telle rudesse. Le plus connu est l'article 49, al. 3 – que soudain toute la France connaît. Qu'il soit au cœur des stratégies gouvernementales depuis un an n'étonne guère. On le sait depuis le gouvernement de Michel Rocard, qui y recourut 28 fois entre 1988 et 1991 : habituellement conçu comme un moyen de sceller ponctuellement des majorités parlementaires, de tempérer leurs tendances centrifuges, la disposition se mue, lorsque le gouvernement est minoritaire, en moyen de gouverner contre les oppositions, parce qu'elles sont plus nombreuses⁵. Élisabeth Borne l'a utilisé notamment au terme de la procédure, le 16 mars, alors même que le débat parlementaire avait déjà été largement contraint et que l'Assemblée nationale n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le projet de loi. En refusant ainsi de prendre le risque d'une expression de volonté parlementaire qui ne se conformerait pas à son projet, la Première ministre a marqué d'un jalon nouveau l'histoire du déclin relatif du Parlement au sein de nos institutions. Pour être constitutionnel, son choix n'en a pas moins été propre à aviver cette impression de brutalité, qui constitue un fait pertinent pour le juriste.

Moins clairement identifié, dans un premier temps au moins, par les non-juristes, le recours à l'article 47-1 de la Constitution – relatif à l'adoption des lois de financement de la Sécurité sociale – pour adopter une telle réforme joue un rôle encore plus marquant. Par le choix de cette procédure, le gouvernement entend bénéficier de plusieurs contraintes exorbitantes imposées au Parlement : saisine du Sénat par le gouvernement si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée sous vingt jours en première lecture ; obligation pour le Sénat de se prononcer sous quinze jours ; portée restreinte des travaux devant la commission des Affaires sociales ; faculté pour le gouvernement de mettre en œuvre le projet par ordonnance si le Parlement ne s'est pas prononcé sous 50 jours – ce qui aurait probablement été fait si le recours à l'article 49, al. 3 n'avait pas été privilégié.

Qu'il s'agisse-là de détourner une procédure prévue à d'autres fins, quoique le Conseil constitutionnel ait jugé la manœuvre conforme à la Constitution, ne soulève aucun doute. Garde des Sceaux en 1996, lors de l'adoption de cette disposition constitutionnelle, Jacques Toubon résume l'esprit de ces contraintes. Dans le souvenir honni du « douzième provisoire » trop souvent utilisé sous la III^e République, pratique qui obligeait à « arrêter la pendule », il s'agit de garantir, comme on le prévoit déjà pour les lois de finances, que les lois de financement de la Sécurité sociale, vouées à s'appliquer l'année suivante, seront promulguées avant la fin de décembre : « la durée retenue est [...] conditionnée par la date d'entrée en vigueur de la loi. Il paraît nécessaire d'envisager l'adoption de la loi [...] et sa traduction effective avant que ne commence l'exercice social, c'est-à-dire avant le début de l'année civile⁶. » Sans doute la possibilité de recourir à des lois « rectificatives », en cours d'année civile, n'est-elle pas prohibée alors. Elle n'y est cependant envisagée que sur un mode mineur. Puisque cela existe pour les lois de finances, on ne saurait l'exclure par principe, même si l'occasion ne devrait que rarement se présenter : le projet de loi de financement de la Sécurité sociale initiale comprenant

⁵ Voir par exemple D. BARANGER, « Le nouveau visage de l'article 49-3 », *Blog Jus Politicum*, 16 novembre 2022 ; B. FRANÇOIS, « Vie et mort du 49. 3 ? », *La Grande conversation*, 5 avril 2023.

⁶ *JO Ass. nat.*, 23 janvier 1996, p. 14.

des dispositions rectificatives pour l'année en cours, le recours à des projets de loi de financement rectificative est voué à rester exceptionnel. Ainsi s'explique que ces contraintes n'aient pas été allégées pour les lois rectificatives. Nul n'envisage, surtout, que l'article 47-1 de la Constitution serve de moyen de contrainte supplémentaire, de façon générale, au bénéfice du gouvernement et au détriment du Parlement.

En termes purement tactiques, ce choix du pouvoir exécutif est ingénieux. Le débat parlementaire se trouve verrouillé par avance. Les arguments et les votes, à l'Assemblée nationale comme au Sénat – où une majorité soutient le gouvernement –, n'ont qu'une influence limitée sur ce texte dont l'adoption à peu près tel quel semble presque garantie. En première lecture, le texte n'est pas voté par l'Assemblée nationale avant d'être envoyé au Sénat où d'autres mécanismes sont utilisés. L'article 38 du règlement du Sénat permet de limiter à deux les explications de vote sur un amendement. L'article 7 du projet de loi – tendant à relever l'âge légal d'ouverture des droits à la retraite à 64 ans – est réécrit par un amendement de rédaction globale. À des milliers de sous-amendements déposés sur ce dernier par des sénateurs de gauche, la commission oppose l'irrecevabilité en seulement trois quarts d'heure – de nombreux outils procéduraux étant utilisés par la droite sénatoriale en soutien au gouvernement. S'y ajoutent le recours à l'article 44, al. 2 de la Constitution, qui habilite le gouvernement à s'opposer en séance à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission, ainsi que l'usage, par le gouvernement, du « vote bloqué » de l'article 44, al. 3. Quant à la commission mixte paritaire, sous le contrôle d'une majorité hétéroclite de parlementaires Renaissance et de la droite sénatoriale, elle est sous la maîtrise du gouvernement : même si les deux assemblées avaient refusé de voter le texte, ce dernier aurait pu, aux termes de cette disposition constitutionnelle, adopter la réforme par ordonnances. Ce détournement de l'esprit de l'article 47-1 ne présente, au demeurant, guère de risques. Bon nombre de dispositions constitutionnelles ont trouvé à s'appliquer à des configurations imprévues par leurs auteurs : le Conseil constitutionnel n'y trouve généralement rien à redire, en particulier lorsque ces configurations sont de nature à favoriser l'efficacité de l'action des organes exécutifs. Ce dernier se conforme, à cet égard, aux attentes. Pour refuser de contrôler le choix gouvernemental de recourir à cette procédure législative, il se contente de rappeler son refus traditionnel de substituer son appréciation à celle du législateur⁷. Ainsi se trouve ratifiée – événement politiquement essentiel – l'idée que le législateur véritable est le gouvernement⁸.

Par-delà un succès factuel du gouvernement, une telle manœuvre appelle, quant à l'image des institutions devant la nation, un jugement sévère. En obtenant ainsi l'adoption de cette réforme contestée sans que l'Assemblée nationale l'ait votée, après que le débat a été, pour l'essentiel, éludé au Sénat – avec l'assentiment, certes, de la majorité sénatoriale –, la Première ministre ne se contente pas de faire l'usage banal d'un instrument constitutionnel : sous le regard de tous, elle confère une portée institutionnelle à l'idée que la loi est chose trop sérieuse pour être laissée aux parlementaires. Quel que soit le jugement porté sur la constitutionnalité de ces choix, la Constitution s'en trouve pour le moins bousculée.

⁷ Voir S. BENZINA, « Les décisions sur la réforme des retraites : une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité », *Jus Politicum*, vol. 30, 2023 (dans ce numéro).

⁸ Cons. const., n° 2023-849 DC, 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023*, par. 11.

La seconde brutalisation, en miroir de la première, est celle de plusieurs députés de « La France insoumise » et d'« Europe Écologie Les Verts », histrions peu enclins à en rester aux stratégies habituelles d'obstruction parlementaire : chez eux, la recherche du *happening* susceptible de marquer sur les réseaux sociaux, selon un découpage dérisoire de leurs propos ou de leurs cris, l'emporte régulièrement, pendant le printemps 2023, sur le sérieux des arguments, la participation aux délibérations et la recherche du consensus. Le contre-feu ainsi conçu ne doit pas être intellectuel, ni même principalement procédural. Il ne s'agit pas de convaincre sur le fond du sujet, mais de se montrer spectaculaires, au sein ou en-dehors de l'hémicycle, pour marquer les esprits. La stratégie est assumée : en réponse au dédain de l'exécutif, ces députés mêlent des formes classiques d'obstruction parlementaire – l'utilisation des règles de procédure à des fins de blocage, à l'image du dépôt massif d'amendements ou de sous-amendements, de rappels au règlement plus ou moins farfelus – à des modes de communication jugés plus efficaces devant l'opinion publique que le débat substantiel : chants, organisation d'un « live » sur un réseau social ou campagnes d'affichage éphémère dans l'hémicycle. Le vacarme n'est certes pas nouveau au Palais Bourbon, pas plus que l'obstruction⁹ : on y fustigeait le « beuglant » sous la III^e République. Mais le phénomène, cette fois, change de dimension : en bloquant toute discussion, ces députés affectent sévèrement la qualité du travail parlementaire¹⁰, l'image de l'institution et – sans doute – celle de leurs partis¹¹. Ainsi renversent-ils l'ordre des priorités : sous la V^e République, les députés ne recourent traditionnellement à l'obstruction que dans les interstices de l'exercice classique de la fonction parlementaire ; ici, il s'agit d'exercer ponctuellement ces fonctions dans les interstices d'un effort régulier d'accroître leur visibilité par la promotion du chaos. Ces députés offrent indirectement, en outre, un argument au Conseil constitutionnel : la saisine déposée par les députés du Rassemblement national accuse la stratégie de leurs collègues de la NUPES d'avoir porté atteinte à la clarté et à la sincérité du débat parlementaire ; dans sa décision, le Conseil constitutionnel paraît expliquer sa tolérance à l'égard de l'utilisation combinée des procédures mises en œuvre par le gouvernement, dont il concède le caractère inhabituel, notamment par le fait qu'elles l'auraient été « en réponse aux conditions des débats¹² » – alors même que le recours à la procédure la plus contraignante pour les parlementaires, celle de l'article 47-1, a été antérieur à ces derniers.

Tout ne tient pas à des choix individuels ou partisans. La configuration politique et institutionnelle contribue à les expliquer. Structurellement affecté depuis 1958, le pouvoir des parlementaires se trouve gravement diminué, depuis 2017, par le non-cumul des mandats, qui fait disparaître de l'enceinte du Palais-Bourbon, pour l'essentiel, les « barons » qui pouvaient se prévaloir, jusqu'alors, d'un poids politique local – corrélativement à l'arrivée massive de nouveaux députés dont l'ancrage territorial ni l'expérience politique ne sont encore consolidés. À quoi s'ajoute l'inclination du président de la République et des gouvernements à susciter, dans

⁹ Voir C. GEYNET-DUSSAUZE, *L'obstruction parlementaire sous la V^e République*, Institut franco-phonie pour la justice et la démocratie, 2020, p. 57-77.

¹⁰ P. ROSANVALLON, « Le débat sur la réforme des retraites est le signe d'un ébranlement de notre démocratie », *Le Monde*, 24 février 2023.

¹¹ Voir D. BARANGER, « “Un spectacle lamentable” : la réforme des retraites entre opposition radicale et mauvaises pratiques gouvernementales », art. cité.

¹² Cons. const., n° 2023-849 DC, 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023*, par. 70.

les derniers temps, des délibérations en dehors des assemblées parlementaires, dans divers organes *ad hoc* – grand débat national, Conseil national de la refondation, « conventions citoyennes » – présentés comme représentatifs quoiqu’ils ne soient pas habilités à produire des normes juridiques. Beaucoup, notamment chez les députés et les sénateurs, peuvent y voir, non sans motifs, la marque d’une volonté, chez l’exécutif, de marginalisation accrue du Parlement.

Ainsi confronté à cette double brutalisation, le constitutionnaliste se trouve placé face à une alternative. Sa première branche peut le conduire à en rester à la perspective technique privilégiée par le Conseil constitutionnel en avril 2023. Tel un entomologiste examinant chaque insecte dans sa boîte, il se limite alors à une analyse des dispositions constitutionnelles pertinentes, avant de se satisfaire d’une conviction reposante : le cumul de procédures prévues par la Constitution ne saurait conduire à une procédure inconstitutionnelle¹³. Cela revient à traiter la Constitution comme n’importe quel autre texte normatif, à la réduire à la somme de ses dispositions¹⁴.

La seconde branche de l’alternative, ici privilégiée, consiste à adopter une vision plus large, en postulant que le droit constitutionnel s’étend au-delà des dispositions écrites de la Constitution et de ce qu’a pu en dire le Conseil constitutionnel par le passé. Il s’agit alors de prendre en compte les pratiques institutionnelles, leur effet immédiat et leurs conséquences plus diffuses, les représentations collectives de la Constitution qui en résultent, les arguments déployés par les acteurs. Sous ce rapport, la quasi-neutralisation du pouvoir de décision des parlementaires à laquelle conduisent certains choix du gouvernement, de même que la paralysie, par certains députés, de fonctions traditionnellement attachées aux organes parlementaires, sont des données à prendre délibérément en compte. Car elles éclairent le constitutionnaliste sur ce qui se joue pendant ces événements et sur la manière dont elles sont susceptibles de peser sur les représentations futures de la Constitution – partant, sur le droit constitutionnel lui-même.

En empruntant à plusieurs modèles d’interprétation proposés en France et aux États-Unis, il s’agit de s’interroger ici sur la signification et la portée constitutionnelles de cette brutalisation, à partir de deux concepts : la crise et le passage en force.

I. UNE CRISE ?

Parmi les concepts utilisés pour appréhender ces événements, le terme de « crise » a trouvé, sous la plume des journalistes et dans les propos de nombreux responsables politiques, une place de choix. De prime abord, le terme suscite la méfiance : son usage inconsidéré, dans diverses disciplines, risque de faire oublier que bon nombre des phénomènes auxquels il renvoie n’ont rien en commun¹⁵, comme si la généralisation de la notion l’avait vidée de l’intérieur¹⁶. En droit, en

¹³ *Ibid*, par. 69.

¹⁴ Voir A. VIALA, « La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République », *Le Monde*, 18 avril 2023.

¹⁵ Voir M. DOBRY, « Brève note sur les turpitudes de la “crisologie” : que sommes-nous en droit de déduire des multiples usages du mot “crise” ? », *Cahiers de la sécurité intérieure*, vol. 7, 1992, p. 289-294.

¹⁶ Voir E. MORIN, « Pour une crisologie », *Communications*, vol. 25, 1976, p. 149-163, p. 150.

particulier, on a pu constater l'inexistence d'une définition juridique robuste de la « crise¹⁷ ».

À l'aune de l'invocation régulière de ce terme pendant le printemps 2023, il convient néanmoins de le prendre au sérieux, même si c'est avec prudence. De ses origines médicales résulte l'idée d'un moment crucial où se joue soit la guérison, soit la mort. Dans le champ politique, le terme est souvent utilisé pour transmettre l'idée d'une rupture d'équilibre, d'une perturbation intervenue dans la tension¹⁸. Ceux qui emploient ce terme renvoient donc à un état pathologique du système politique – en rupture avec un état normal de ce dernier –, où se joue une décision, ce qui explique que le phénomène soit nécessairement transitoire¹⁹. Pour les institutions, il peut se révéler bénéfique lorsqu'on leur reconnaît la force de n'avoir pas rompu pendant les événements²⁰. Pendant ce moment crucial, le système politique risque d'entrer en contradiction avec lui-même, de menacer l'objectif dont il tire sa légitimation²¹. Parmi les étalons de mesure de ces crises, les manifestations de rue tiennent, en France, une place à part, soit qu'elles contribuent à les aiguïser, comme c'est le plus souvent le cas, soit qu'elles s'attachent à les résoudre – à l'image du rassemblement en soutien à de Gaulle, le 30 mai 1968²².

Ainsi comprise, la crise surgit à la rencontre d'un phénomène – ces pratiques politiques et sociales – et du regard collectivement porté sur lui²³ : comme d'autres représentations abstraites, elle se nourrit de croyances, elle devient un fait pertinent par le simple fait d'être collectivement perçue²⁴. S'y ajoute une difficulté diachronique : l'impression de crise suscitée dans l'instant ne garantit pas son identification rétrospective, avec le recul²⁵. Il convient, à cet égard, de ne pas prendre au pied de la lettre ce qu'en disent les responsables politiques. La tendance à identifier une crise constitutionnelle est d'autant plus habituelle en France que le réformisme constitutionnel y semble, chez les observateurs et les commentateurs, une pratique courante²⁶. Ce que disent les responsables politiques de l'existence d'une crise n'est

¹⁷ Voir X. PHILIPPE, « Repenser constitutionnellement les états de crise : de la nécessité de réadapter le cadre constitutionnel de la V^e République », in X. DUPRE DE BOULOIS, X. PHILIPPE (dir.), *Gouverner et juger en période de crise*, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 115-127, p. 117.

¹⁸ Voir par ex., P. BRAUD, *Les crises politiques intérieures de la V^e République*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 7-10.

¹⁹ Voir P. RICÉUR, « La crise : un phénomène spécifiquement moderne ? » [1986], in *Politique, économie et société. Écrits et conférences 4*, Paris, Le Seuil, 2019, p. 165-196, p. 172.

²⁰ Voir J. CHARLOT, « L'efficacité de la Constitution face aux crises », in O. DUHAMEL, J.-L. PARODI, *La Constitution de la Cinquième République*, Paris, Presses de la FNSP, 1985, p. 275-279, p. 276.

²¹ Voir H. ARENDT, *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Le Seuil, 2014, p. 241.

²² Voir D. TARTAKOWSKY, *Le pouvoir est dans la rue. Crises politiques et manifestations en France, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Flammarion, 2020, p. 11-18.

²³ Voir J. BARTHELEMY, *La crise de la démocratie contemporaine*, Paris, Sirey, 1931, p. 8.

²⁴ M. WINOCK, « 1947 : l'année terrible », in M. WINOCK (dir.) *Gouverner la France*, Paris, Gallimard, 2022, p. 435-449, p. 435.

²⁵ Voir J. GREVY, « L'histoire peut-elle proposer des leçons pour sortir de crise ? », in J. GREVY (dir.), *Sortir de crise. Les mécanismes de résolution de crises politiques (XVI^e-XX^e siècle)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 7-13, p. 10.

²⁶ Voir J. JEANNENEY, « Le réformisme constitutionnel sous la V^e République », in P. BLANCHER (dir.), *La Constitution de la Cinquième République : 60 ans d'application (1958-2018)*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 135-153.

pertinent, dès lors, qu'au second degré – comme donnée offerte à l'analyse, en tant qu'elle nous renseigne sur des représentations du monde et sur des stratégies argumentatives. Cependant et en dépit des limites du concept de « crise », il convient de s'interroger sur sa pertinence pour qualifier les événements ici considérés, en distinguant certains des concepts qui peuvent lui être rattachés²⁷.

A. Moins qu'une crise de régime

D'un point de vue constitutionnel, un premier concept mérite d'être pris au sérieux, dans la mesure où il conduit à appliquer cette métaphore médicale aux systèmes politiques eux-mêmes : la *crise de régime*. Cette dernière met en cause les équilibres centraux des institutions à un point tel qu'elle en vient à constituer un défi pour la survie même du régime politique – ainsi que pour le maintien au pouvoir des élites politiques du moment²⁸. La définition proposée par l'historien Michel Winock de ce qu'il nomme « crises politiques » restitue les principales propriétés couramment attachées au concept de « crise de régime » : de « grandes perturbations qui ont mis en danger le système de gouvernement républicain », qui ont « exercé une véritable menace sur l'organisation des pouvoirs », qui sont « en rapport direct avec la forme gouvernementale du pays remise par elles en question²⁹ ». Ainsi conçue, la crise serait « toujours issue d'un aveu de carence de l'autorité publique, privée de force ou d'imagination pour donner, dans la continuité, une solution au problème posé », elle marquerait « une rupture dans le temps, un dérèglement des mécanismes en place, un déséquilibre momentané entre les différentes composantes du système politique et, comme il se doit, un conflit entre un certain nombre de protagonistes³⁰ ».

Les crises de ce type les moins contestables sont certainement celles qui emportent la fin d'un régime politique et constitutionnel. Outre les révolutions et coups d'État qui ont émaillé l'histoire française depuis la fin du XVIII^e siècle, le 10 juillet 1940 et le 13 mai 1958 en constituent de bonnes illustrations. S'interrogeant, le 2 juin 1958, sur la « crise française », Emmanuel Berl note ainsi, à propos de la « réforme de la Constitution », que « chacun sait qu'en France, tout finit par là³¹ ». On rattache également à ce concept des crises qui, sans emporter la chute du régime, ont rendu cette perspective assez crédible pour mettre ce dernier en branle et modifier certains équilibres essentiels dans l'exercice du pouvoir – à l'instar du 16 mai 1877 ou du 6 février 1934.

On le perçoit d'emblée : en invoquant une crise de régime, on exagérerait la portée de ce qui se joue lors du printemps 2023. Sans doute ne doit-on pas minimiser la violence de certaines manifestations et les comportements de plusieurs par-

²⁷ Voir égal. N. ROUSSELLIER, « La crise du fait majoritaire est plus profonde que la crise de la Constitution », *Blog Jus Politicum*, 29 mars 2023.

²⁸ Voir M. DOGAN, H. HIGHLEY, « Elites, Crises, and Regimes in Comparative Analysis », in M. DOGAN, H. HIGHLEY (dir.), *Elites, Crises, and the Origins of Regimes*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1998, p. 3-27.

²⁹ M. WINOCK, *La fièvre hexagonale. Les grandes crises politiques de 1871 à 1968* [1986], in M. WINOCK (dir.), *Gouverner la France, op. cit.*, p. 103-427, p. 106.

³⁰ *Ibid.*, p. 397.

³¹ E. BERL, « Notes sur la crise française (2 juin 1958) », in E. BERL (dir.), *Essais. Le temps, les idées et les hommes*, Paris, Fallois, 2007, p. 122-129, p. 128.

lementaires. Sans doute faut-il rappeler les craintes de certains après l'ultime recours à l'article 49, al. 3, le 16 mars, puis l'échec, trois jours plus tard, à neuf voix près, de la motion de censure déposée par le groupe « Libertés, Indépendants, Outre-mer et Territoires » (LIOT) : on frôle alors le renversement du gouvernement. Néanmoins, nul ne peut alors sérieusement penser que, même si cette issue avait été inverse, la V^e République elle-même aurait vécu ses derniers instants. Il n'y a pas eu non plus alors de crise de l'État – au sens où le fonctionnement régulier des services publics se trouverait substantiellement entravé, ou interrompu.

B. Plus qu'une crise politique

S'il ne s'agit pas d'une crise de régime, faut-il n'y voir qu'une *crise politique* ? La formule renvoie généralement à une forme particulièrement aiguë de conflit politique, à la rencontre de jeux de pouvoir entre acteurs institutionnels et d'une éventuelle mobilisation sociale. Ainsi conçue, elle est classiquement présentée non comme une pathologie du système politique, mais comme l'exaspération de rapports politiques habituels, comme un mode parmi d'autres de manifestation de phénomènes politiques, à l'occasion duquel ses protagonistes agissent de façon stratégique³². Le terme « crise » perd ici sa dimension ponctuelle, décisive, « critique », ce qui ouvre la voie à d'apparents oxymores : « institutionnalisation de la crise³³ », « crise endémique du régime³⁴ ». Est susceptible de lui être rattachée toute contestation politique sortant de l'ordinaire à propos de laquelle se pose plus ou moins directement la question du maintien du gouvernement en place ou d'un changement de cap politique pour le pays. Le concept se dilue alors quelque peu.

Les événements de ce type, depuis 1958, ne manquent pas³⁵. Sans souci d'exhaustivité, on observe que l'expression est employée pour désigner une diversité de phénomènes : (a) un mouvement populaire en réaction à une réforme – projets de loi « Savary » en 1984, « Fillon » en 2003, « CPE » en 2006, « Woerth » en 2010, « Taubira » en 2013, crises des « bonnets rouges » en 2013 puis des « gilets jaunes » en 2018 – ; (b) les conséquences politiques de difficultés d'un autre ordre – la guerre d'Algérie – ; (c) une rupture inattendue dans l'exercice du pouvoir – démission du général de Gaulle, mort de Georges Pompidou, dissolution de 1997 – ; (d) la désintégration d'alliances politiques – motion de censure de 1962, démissions des Premiers ministres Jacques Chaban-Delmas en 1972, Jacques Chirac en 1976 – ; (e) des résultats électoraux dont la portée est jugée déterminante – alternance de 1981, cohabitation de 1986, présence de Jean-Marie Le Pen au second tour de l'élection présidentielle de 2002, échec du référendum de 2005.

La réforme des retraites de 2023 suscite un large mouvement populaire d'opposition. À cette aune, il serait juste, mais banal, de la qualifier de crise politique. On ne saurait s'en satisfaire : dans sa généralité même, le concept échouerait à rendre compte des singularités de l'événement du point de vue du droit constitutionnel.

³² Voir M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques* [1986], Paris, Presses de Sciences-Po, 2009, p. 1-6.

³³ N. BOBBIO, « La crise permanente », *Pouvoirs*, vol. 18, 1981, p. 5-20, p. 12.

³⁴ J.-L. QUERMONNE, « La V^e République. Fin de règne ou crise de régime ? », *Études*, vol. 405, 2006, p. 178-187, p. 179.

³⁵ Voir par ex. G. COURTOIS (dir.), *Le Monde. Les grandes crises politiques françaises (1958-2014)*, Paris, Perrin, 2014.

C. Pas exactement une crise constitutionnelle

Est-il plus fructueux d'utiliser le concept de *crise constitutionnelle* ? Une clarification de ce dernier est proposée par les professeurs de droit américains Keith Whittington³⁶, de l'Université de Princeton, Sanford Levinson, de l'Université du Texas, et Jack Balkin, de l'Université de Yale³⁷. Ils s'accordent pour exclure de son périmètre les crises politiques à l'occasion desquelles sont simplement employés des mécanismes constitutionnels. Ils limitent son spectre aux ruptures dans les équilibres constitutionnels.

Ils distinguent d'abord deux types de crises constitutionnelles – inspirés par Machiavel selon qui, lorsqu'une dictature à la romaine, incarnée par Cincinnatus, fait défaut dans une république, il faut soit qu'elle « s'écroule en observant les institutions », soit « qu'elle les viole pour ne pas s'écrouler³⁸ ». Le premier type de crise – la crise « de la fidélité à la Constitution³⁹ », que ce soit « par déclaration d'un état d'exception⁴⁰ » ou « par désobéissance à la Constitution⁴¹ » – procède de la méconnaissance temporaire de dispositions constitutionnelles. Pour faire face aux défis du moment, les acteurs politiques se reconnaissent la faculté de suspendre certaines obligations constitutionnelles – souvent en se prévalant de la Constitution elle-même. L'événement est rare. L'objectif, en agissant ainsi, est d'échapper à un autre type de crise. Ce deuxième type de crise constitutionnelle – « opérationnelle⁴² », « par fidélité excessive à une Constitution défaillante⁴³ » – procède du respect acharné de dispositions constitutionnelles dans des conditions qui sont vouées à causer la perte de l'État : les acteurs respectent la Constitution tout en étant conscients qu'elle ne leur permettra pas de répondre aux défis du moment. Les événements français du printemps 2023 ne relèvent pas du premier type de crise : les difficultés alors constatées ont bien procédé de l'application de plusieurs dispositions de la Constitution – si l'on admet, à la suite du Conseil constitutionnel, que cette dernière n'a pas été méconnue. Ils ne relèvent pas non plus du second type de crise : il n'y avait pas alors de risque de perte de l'État.

Plus proche peut apparaître, en l'occurrence, le troisième type de crise constitutionnelle. Il est qualifié par Levinson et Balkin de « luttés pour le pouvoir au-delà des frontières de la politique ordinaire⁴⁴ ». Il renvoie à des situations dans lesquelles des désaccords exprimés publiquement à propos de la Constitution conduisent les acteurs politiques à s'engager dans des formes extraordinaires de protestations. Il ne s'agit plus pour les citoyens de confiner leurs désaccords dans le cadre

³⁶ K. E. WHITTINGTON, « Yet Another Constitutional Crisis ? », *William & Mary Law Review*, vol. 43, n° 5, 2002, p. 2083-2149.

³⁷ Voir S. LEVINSON, J. BALKIN, « Constitutional Crises », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, n° 3, 2009, p. 707-753.

³⁸ N. MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, in N. MACHIAVEL, *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1996, p. 179-461, p. 249 [I, 34].

³⁹ K. E. WHITTINGTON, « Yet Another Constitutional Crisis ? », art. cité, p. 2109-2119.

⁴⁰ S. LEVINSON, J. BALKIN, « Constitutional Crises », art. cité, p. 721-729.

⁴¹ J. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 38-43.

⁴² K. E. WHITTINGTON, « Yet Another Constitutional Crisis ? », art. cité, p. 2101-2109.

⁴³ S. LEVINSON, J. BALKIN, « Constitutional Crises », art. cité, p. 729-738.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 738-746. Voir égal. J. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, *op. cit.*, p. 36-68.

traditionnel des votes au Parlement, des tribunes et expressions de mécontentement sur les réseaux sociaux, ou des manifestations. Les citoyens descendent dans la rue, agissent de façon violente. Les forces armées sont mobilisées et la force brute est utilisée ou menacée afin de faire prévaloir une interprétation de la Constitution. Le caractère constitutionnel de la crise procède alors de l'incapacité collective à maintenir les divergences politiques dans le cadre institutionnel établi par la Constitution. Dans cette configuration, tous les acteurs politiques affirment rester fidèles à la Constitution, mais ils divergent sur la signification de ses prescriptions et sur la juste répartition des pouvoirs qui doit en procéder. Chaque partie accuse l'autre de méconnaître la Constitution, donc de contribuer à une crise constitutionnelle du premier type. Cette crise se termine lorsque les deux parties atteignent un compromis ou que l'une des parties bat en retraite, en acceptant la constitutionnalité de la nouvelle répartition du pouvoir : ainsi s'imposerait la « Constitution du vainqueur⁴⁵ », l'interprétation qu'il a défendue. L'un des signes d'une telle crise tient à l'organisation de manifestations pléthoriques, à l'organisation d'actes de désobéissance civile à une large échelle et à l'envoi, en réponse, de forces de l'ordre destinées à rétablir l'ordre social.

Plusieurs caractéristiques des événements du printemps 2023 pourraient inviter à les rapprocher de ce concept : l'usage inédit, par le gouvernement, d'un mécanisme constitutionnel dans un sens apparemment éloigné de l'objectif dans la perspective duquel il a été créé ; l'accumulation inédite de ces instruments du « parlementarisme rationalisé » ; l'organisation par un groupe de députés de formes extraordinaires de contestations ; les violences des manifestations et des forces de l'ordre ; les accusations de violations de la Constitution, du côté du gouvernement comme du côté de ces députés. Enfin, quoiqu'elle n'ait pas théorisé, pour l'instant, la faculté pour le gouvernement d'utiliser régulièrement l'article 47-1, Élisabeth Borne, en affirmant simplement son souhait, après sa victoire, de ne plus utiliser l'article 49, al. 3 pour des textes autres que financiers, a laissé ouverte la faculté d'utiliser à l'avenir la « Constitution du vainqueur » qui a résulté de ses choix.

La résolution pacifique du conflit dans le cadre des institutions – votes parlementaires, décision du Conseil constitutionnel – invite néanmoins à considérer que, quoiqu'on ait collectivement pu paraître évoluer dans cette direction, une telle crise constitutionnelle ne s'est pas concrétisée. Dès lors que les institutions de la République n'ont jamais paru sérieusement en danger, il serait malvenu, en définitive, d'utiliser ce concept.

Cela ne veut pas dire que cette interrogation ait été inutile : le simple mouvement dans cette direction invite à s'interroger sur l'opportunité de rattacher ces événements à un autre concept, dont le périmètre croise partiellement celui de la crise constitutionnelle du troisième type : le *passage en force constitutionnel*.

II. UN PASSAGE EN FORCE

Il y a de cela deux décennies, Mark Tushnet, professeur à l'Université de Harvard, proposait le concept de « passage en force constitutionnel » (*constitutional hardball*). La formule était tirée de l'expression sportive *to play hardball*, qui renvoie littéralement à l'utilisation, au baseball, de la petite balle dure, que l'on oppose à la balle légèrement plus grosse et plus souple qui caractérise le jeu moins rapide

⁴⁵ Voir J. BALKIN, « Winner's Constitutions », *Blog Balkinization*, 7 juin 2007.

du *softball*. Devenue courante aux États-Unis, l'expression désigne le fait d'employer les grands moyens, de jouer « les gros bras », de se montrer intransigeant, impitoyable, brutal, « dur à cuire ».

A. Les contours d'un phénomène

En utilisant ce terme dans le champ constitutionnel, l'auteur américain entend embrasser (a) des revendications et des pratiques politiques portant sur des enjeux majeurs, (b) qui s'attachent à modifier l'équilibre des pouvoirs, à faire évoluer l'ordre constitutionnel – d'une façon qui pourrait conduire au basculement dans un nouvel ordre constitutionnel. S'ils gagnent la bataille, (c) les partis à l'origine de ces revendications et pratiques peuvent espérer exercer le pouvoir sur le temps long ; à l'inverse, ils doivent craindre, s'ils la perdent, de se trouver considérablement affaiblis, sur la longue durée. Ainsi s'explique (d) la brutalité caractéristique de ce passage en force. Elle vient de ce que

les acteurs se perçoivent comme jouant le tout pour le tout [...] : ils estiment que les enjeux de la controverse politique que leurs actions provoquent sont extrêmement élevés et que leur défaite – la victoire de leurs opposants – constituerait, pour les positions politiques qu'ils occupent, un revers sérieux, voire permanent⁴⁶.

Dans le cadre de ce « passage en force constitutionnel », (e) au moins l'une des parties au conflit formule des revendications ou adopte des pratiques qui, quoiqu'elles s'inscrivent dans les limites des doctrines et pratiques constitutionnelles établies, sont perçues par l'autre partie comme méconnaissant les « conceptions pré-constitutionnelles établies » – par quoi il désigne l'arrière-plan des normes constitutionnelles, les « postulats "allant de soi" qui sous-tendent les systèmes de gouvernement constitutionnel en vigueur ». Ce qui allait de soi se trouve alors au cœur d'une controverse politique. Le passage en force prend place, dès lors, à l'articulation des normes constitutionnelles, qu'il respecte formellement, et des usages et traditions non écrites quant à la manière dont les responsables politiques devraient se comporter, qu'ils transgressent. Les acteurs politiques abandonnent les normes de courtoisie et de tolérance pour exploiter les moyens constitutionnels d'accroître leur pouvoir. Ils détournent ou défient les conventions politiques qui étaient auparavant considérées comme des règles tacites de *fair-play* en politique, quoiqu'elles n'aient pas été exigées par des normes juridiques explicites. Ainsi (f) mettent-ils leurs adversaires au défi de s'opposer à leurs prétentions – en sachant que le coût politique d'une telle opposition est élevé. Derrière l'objectif de court terme, en somme, il s'agit, par cette agressivité, de faire évoluer les interprétations établies de la Constitution.

D'un côté, on se prévaut de la seule lettre de la Constitution. De l'autre, on invoque son esprit. Ce concept embrasse une diversité de comportements politiques constitutionnellement pertinents : des actes formalisés, bien sûr, mais également des arguments, les uns et les autres contribuant à révéler des stratégies. L'adoption de ces dernières procède de la perception, par ces responsables politiques, de po-

⁴⁶ M. TUSHNET, « Constitutional Hardball », *The John Marshall Law Review*, vol. 37, n° 2, 2004, p. 523-553 ; Voir égal. M. TUSHNET, *Taking Back the Constitution. Activist Judges and the Next Age of American Law*, New Haven, Yale University Press, 2020, p. 224. Pour un concept assez proche, « l'épreuve de force constitutionnelle », voir E. A. POSNER, A. VERMEULE, « Constitutional Showdowns », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, n° 4, 2008, p. 991-1048.

tentialités – qu’elles suscitent l’espoir ou la crainte d’un changement constitutionnel⁴⁷. Ils jugent les enjeux si importants que tous les coups leur semblent permis, dans les limites du droit écrit. Ces stratégies sont « offensives » lorsque les élus d’un parti minoritaire perçoivent la possibilité que se trouve changé leur statut en profondeur ; elles sont « défensives » lorsque les élus du parti majoritaire, face au risque de leur départ du pouvoir, s’attachent à préserver leur statut⁴⁸. Ainsi conçu, le « passage en force » peut prendre la forme de pratiques qui n’impliquent pas de changer les règles formelles. Révélateur est, à cet égard, le moratoire sur l’examen de la candidature, à la Cour suprême, de Merrick Garland en 2016, par quoi les sénateurs républicains, alors majoritaires, ont obtenu qu’un candidat choisi par Donald Trump, Neil Gorsuch, remplace le juge conservateur Antonin Scalia – quatre ans avant que ces mêmes sénateurs défendent la thèse inverse après la mort de Ruth Bader Ginsburg.

Aussi le phénomène identifié par Mark Tushnet émerge-t-il souvent au point de rencontre d’une double brutalisation, fruit de deux prétentions antagonistes. Le combat est violent⁴⁹. Les enjeux sont grands. Ceux qui bénéficient des arrangements institutionnels du moment craignent de perdre leur pouvoir politique si de nouveaux arrangements, privilégiés par leurs opposants, se substituent aux précédents. Il s’agit de défaire de façon durable ses rivaux politiques, sans considération pour les conditions du débat démocratique. Au terme du processus, les gagnants espèrent qu’ils auront tout gagné et que les perdants auront tout perdu⁵⁰. Comme on l’imagine, (g) les représailles sont possibles : en réponse aux comportements offensifs de l’une des parties, l’autre partie peut adopter une posture défensive. Cette dernière se présente comme l’équivalent de « contre-mesures » en droit international – des mesures qui seraient illicites si elles ne répondaient pas à un fait illicite préalable⁵¹. Cette brutalité contribue à son tour à accroître la défiance mutuelle. Elle pousse à utiliser des mesures plus extrêmes encore.

Un tel passage en force n’est pas toujours un succès. Deux types de revers sont identifiés par Mark Tushnet. Les premiers ne sont qu’apparents. Ils cachent un succès à plus long terme. Singulières sont, à cet égard, les stratégies d’intimidation qu’il qualifie de « *brushbacks* » – terme qui renvoie à une façon de lancer la balle, au baseball, pour intimider le frappeur. Ainsi l’auteur désigne-t-il l’échec apparent de la réforme, sollicitée par Franklin D. Roosevelt, tendant à accroître le nombre de membres de la Cour suprême au printemps 1937, dont le succès indirect se mesure à l’aune de sa capacité à intimider ses opposants, la majorité alors conservatrice à la Cour suprême – ainsi que la mise en accusation de Clinton, en 1998, qui, quoiqu’elle soit restée sans conséquence apparente, aurait conduit à un affaiblissement du camp démocrate dans la perspective des élections présidentielles de 2000. Les seconds revers sont de véritables échecs. Les acteurs politiques adoptent une telle stratégie de brutalisation sans réussir à atteindre leurs objectifs. Ainsi Richard Nixon essaie-t-il de confisquer de l’argent affecté par le Congrès à des dépenses précises, en arguant qu’il aurait l’obligation constitutionnelle de contrôler

⁴⁷ M. TUSHNET, « Constitutional Hardball », art. cité, p. 544.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 528-529.

⁴⁹ Voir S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How Democracies Die*, New York, Broadway Books, 2018, p. 109.

⁵⁰ M. TUSHNET, « Constitutional Hardball », art. cité, p. 531.

⁵¹ Voir D. E. POZEN, « Self-Help and the Separation of Powers », *Yale Law Journal*, vol. 124, n° 2, 2014, p. 2-90.

les dépenses afin de contribuer à la maîtrise de l'inflation – dans l'espoir de faire basculer le pouvoir du Congrès, alors démocrate, vers l'exécutif. Ainsi Edwin Meese, ministre de la Justice de Ronald Reagan, défend-il sans succès la thèse selon laquelle le président dispose de la compétence constitutionnelle de formuler ses propres interprétations du texte fondamental, alors même qu'elles s'opposeraient à celles de la Cour suprême fédérale.

B. La pertinence du concept

Ce concept mérite-t-il d'être importé en France pour rendre compte des événements ici considérés ? Plusieurs remarques s'imposent à titre liminaire.

Premièrement, un autre concept disponible dans la culture constitutionnelle française ne permet pas de rendre compte, de façon satisfaisante, de ce qui s'est joué. La « fraude à la Constitution » théorisée par Georges Liet-Veaux au début des années 1940 – qui désigne, notamment à propos du 10 juillet 1940, l'hypothèse d'un procédé « par lequel la lettre des textes est respectée, tandis que l'esprit de l'institution est renié⁵² » – s'attache avant tout au résultat d'un processus ; le « passage en force constitutionnel », lui, se réfère avant tout à un mouvement, à un processus, à des arguments.

Deuxièmement, il est difficile de distinguer, quelques semaines après les événements considérés, les tendances vouées à rester conjoncturelles des modifications structurelles de l'ordre juridique français. Sous ce rapport, le concept de « passage en force constitutionnel », parce qu'il renvoie avant tout à des arguments et à des stratégies qui peuvent être saisis dans l'instant, sans se prononcer d'abord sur l'existence ou non d'une rupture dans la compréhension collective de la Constitution, est aujourd'hui d'usage plus aisé.

Troisièmement, il est toujours périlleux d'emprunter un concept proposé ailleurs pour renvoyer à des phénomènes qui n'ont que certains points communs avec ceux que l'on observe ici. Le risque, à la manière d'un chausse-pied, est de forcer les événements pour les faire entrer dans le concept ainsi délimité. En dépit des nombreuses différences entre le contexte français et le contexte américain, où le concept a trouvé naissance, ce dernier semble de nature à éclairer certaines stratégies déployées en France et à offrir des pistes de réflexion à propos du droit constitutionnel français.

Sous ce rapport, il ne s'agit pas ici de se demander si les événements français du printemps 2023 sont équivalents à tous les phénomènes qualifiés de « passages en force constitutionnels » aux États-Unis – ce qu'on qualifierait, en théorie du langage, d'*extension* de ce concept. Il convient plutôt d'examiner si les pratiques ici étudiées méritent d'être rattachées aux principales propriétés qui lui ont été reconnues – à l'*intension* de ce concept. En l'occurrence, plusieurs tendances constatées lors de la crise française paraissent y inviter.

Les enjeux, pendant cette crise, sont-ils majeurs (a) ? Le terme est évidemment vague. Dès lors que se joue, par-delà le fond de la réforme, la capacité d'un gouvernement à conserver la main sur l'adoption des lois alors même qu'une majorité

⁵² Voir G. LIET-VEAUX, « La "fraude à la Constitution". Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *RDP*, 1943, p. 116-150, p. 145. Voir égal. G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943, p. 400-401.

arithmétique de députés s'oppose à son projet, il semble néanmoins que cela soit le cas.

Les revendications et pratiques politiques – en l'occurrence, les choix gouvernementaux – tendent-elles alors à modifier l'équilibre des pouvoirs, à faire évoluer l'ordre constitutionnel (b) ? Il n'est évidemment pas nouveau, ni pour les députés disposant d'une majorité – même relative –, ni pour le gouvernement, de se montrer implacables à l'encontre des minorités parlementaires. Le passage en force procéderait ici du pas supplémentaire opéré en direction de l'écrasement des députés et sénateurs d'opposition, fruit de l'impression de contournement provoquée par l'usage de l'article 47-1 et par le recours cumulé à la diversité d'instruments du « parlementarisme rationalisé ». L'utilisation de l'article 47-1, en particulier, tend à pérenniser l'emprise gouvernementale sur la procédure parlementaire, certes habituelle lorsque le gouvernement dispose d'une majorité confortable à l'Assemblée nationale, en dehors de cette configuration. En cherchant ainsi, lors du printemps 2023, à neutraliser certaines des contraintes que la Constitution lui impose dans une telle configuration, par le détournement de la procédure prévue à l'article 47-1, le gouvernement s'attache à repousser les limites de la Constitution pour atteindre ses objectifs politiques. L'affirmation de la constitutionnalité de cette pratique par le Conseil constitutionnel conduit bien, à cet égard, à une évolution de l'ordre constitutionnel qui contribue à modifier l'équilibre des pouvoirs : il sera désormais loisible à un gouvernement soutenu par une minorité seulement des députés, dans une situation comparable, d'utiliser l'article 47-1 pour faire adopter ainsi toute réforme qui est susceptible d'être rattachée aux comptes de la Sécurité sociale.

Le parti à l'origine de ces revendications et pratiques peut-il espérer exercer, s'il gagne, le pouvoir sur le temps long ; lui faut-il craindre à l'inverse, s'il perd, un affaiblissement considérable (c) ? En limitant, par le recours aux articles 47-1 et 49, al. 3, la faculté des parlementaires de s'exprimer, par leur vote, en faveur ou en opposition à la réforme, le gouvernement d'Élisabeth Borne mène une bataille décisive. Il s'inscrit dans cette perspective : s'y joue, pour l'avenir, la capacité d'un gouvernement à imposer sa volonté au Parlement alors même que les parlementaires qui lui sont rattachés ne sont majoritaires dans aucune des deux chambres. Si ce gouvernement gagne ce combat, il bénéficiera de nouveau, à l'avenir, des nombreux avantages garantis par le recours à l'article 47-1. S'il perd, il lui sera difficile de mener à bien des réformes dans cette configuration parlementaire.

On en arrive alors au cœur de la question, avec cette expression qui résume diverses pratiques institutionnelles au cours du printemps 2023 : la brutalisation. Peut-on considérer qu'au moins l'une des parties au conflit formule des revendications ou adopte des pratiques qui, tout en respectant apparemment la lettre de la Constitution, méconnaissent des conventions qui forment l'arrière-plan de cette dernière, des règles tacites de *fair-play* en politique (d) ? L'impression de passage en force surgit à la rencontre d'un contexte plus général et de stratégies rhétoriques du côté du pouvoir exécutif. Après avoir bénéficié, par deux fois, des voix destinées à faire obstacle à l'extrême droite au second tour de l'élection présidentielle, alors même qu'il avait très peu fait campagne avant les élections de 2022, Emmanuel Macron s'est prévalu d'un mandat populaire introuvable pour opérer cette réforme, alors même que l'opposition à cette dernière semblait large au sein du pays. Certaines stratégies argumentatives du gouvernement nourrissent, en outre, cette impression de brutalisation. Ministre des Comptes publics, Gabriel Attal affirme par exemple, le 13 mars, sur France Inter, que le gouvernement « ne veut pas utiliser le 49.3 » dès lors que, « si chacun est cohérent avec ses engagements et ses déclarations faites devant les Français [...], il y aura une majorité pour voter ce texte ».

Trois jours plus tard, en utilisant le mécanisme en question, la Première ministre donne l'impression que la volonté des parlementaires ne pèse pas. En somme, en recourant à tous les mécanismes du parlementarisme rationalisé, en détournant l'usage de l'article 47-1, en annonçant ne pas souhaiter utiliser un article 49.3 avant de le faire, le gouvernement a méconnu de telles conventions, de telles règles tacites de *fair-play*. Alors même que les enjeux étaient sans doute moindres ici que dans plusieurs situations qualifiées comme telles aux États-Unis, le gouvernement semble bien s'être placé dans cette catégorie.

Y a-t-il eu, enfin, (g) une tentative de passage en force en représailles, idée que Mark Tushnet place également au cœur de son concept ? En réponse à la brutalisation gouvernementale, certains députés d'opposition se sont attachés, à leur tour, dans un second temps, à brutaliser leur stratégie. Par leur comportement burlesque, en s'attachant à désigner leurs opposants comme des ennemis – non pas seulement comme des adversaires politiques –, ils ont paru méconnaître, au-delà des techniques classiques d'obstruction qui n'en relèvent pas, certaines des règles tacites du *fair play* parlementaire.

À la rencontre de ces différents indices, il existe de bonnes raisons de qualifier les événements du printemps de « passage en force constitutionnel ».

C. La portée du concept

Quels enseignements peut-on en tirer ? L'identification de ces configurations est placée par Mark Tushnet au service d'une réflexion sur les mutations constitutionnelles. Il s'inscrit en rupture avec l'idée défendue par le professeur à l'Université de Yale, Bruce Ackerman, selon laquelle l'Histoire serait une succession de « moments constitutionnels » où se cristalliserait une mutation constitutionnelle, et de moments de « politique ordinaire⁵³ », où la Constitution ne changerait pas. Mark Tushnet perçoit les mutations constitutionnelles comme un processus progressif, plus régulier. Une évolution des conditions politiques et sociales dans lesquelles est interprétée la Constitution provoque, au bout d'un certain temps, des changements plus fondamentaux dans « l'ordre constitutionnel » – formule par laquelle il entend « un ensemble assez stable d'institutions par le truchement desquelles les décisions fondamentales d'une nation sont prises sur le long cours, ainsi que les principes qui guident ces décisions⁵⁴ ». Ces « passages en force » sont caractéristiques, selon lui, des périodes de transformations constitutionnelles, dont ils sont les moteurs.

Aux États-Unis comme en France, l'appréhension de la portée constitutionnelle de ces « passages en force » n'est pas aisée. Tout d'abord, leurs auteurs ne sont jamais assurés de la pérennisation du nouvel équilibre, qui peut dépendre de leur capacité à conserver le pouvoir sur le temps long⁵⁵. Ensuite, si l'échec d'une telle stratégie institutionnelle peut être constaté sans délai, la mutation constitutionnelle susceptible de résulter de son succès ne peut être constatée qu'avec un certain recul⁵⁶. En outre, depuis sa formulation première, le concept a été précisé à divers

⁵³ Voir B. ACKERMAN, *We the People : Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

⁵⁴ M. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 1.

⁵⁵ Voir J. BALKIN, « Constitutional Hardball and Constitutional Crises », *Quinnipiac Law Review*, vol. 26, n° 3, 2008, p. 579-598, p. 584-585.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 579-598, p. 589-590. Voir égal. J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 565-569.

égards, au gré d'études consacrées aux « passages en force contre-majoritaires⁵⁷ » – qui conduisent à modifier les règles électorales afin de se garantir une majorité législative en l'absence de majorité électorale –, aux passages en force « fondamentalement antidémocratiques⁵⁸ ».

Certains auteurs voient dans ces pratiques le moteur de la polarisation croissante, depuis une décennie, de la vie politique américaine⁵⁹ – en sachant que le parti républicain les privilégierait davantage que le parti démocrate⁶⁰, si bien que certains appellent ce dernier à agir de même⁶¹ ou à inventer des mécanismes tendant à les raréfier⁶². D'autres y décèlent la marque d'un « pourrissement » constitutionnel, d'une érosion des normes : l'usage de ces stratégies risquant toujours, à l'avenir, de favoriser un parti politique extrémiste⁶³.

Quoiqu'il soit trop tôt pour tirer des événements du printemps 2023 l'assurance de mutations de l'ordre constitutionnel français, un phénomène fait écho à ces dernières réflexions : l'impression collectivement ressentie que les députés du Rassemblement national, quoiqu'ils aient choisi de rester en retrait pendant cette période, étaient les grands vainqueurs de ce moment, précisément parce qu'ils ont abandonné au gouvernement et à d'autres députés de l'opposition la posture brutale. Il est assez probable que cette double brutalisation ait nourri, en France, ce parti politique extrémiste.



En définitive, la double brutalisation des pratiques institutionnelles constatée pendant le printemps 2023 mérite d'être appréhendée pour elle-même, sans qu'on

⁵⁷ R. WOODWARD-BURNS, « Counter-Majoritarian Constitutional Hardball », *Maryland Law Review*, vol. 81, n° 1, 2021, p. 380-393.

⁵⁸ Voir J. H. SHUGERMAN, « Hardball vs. Beanball. Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics », *Columbia Law Review Online*, vol. 119, 2 avril 2019, p. 85-122.

⁵⁹ Voir J. M. CURRY, F. E. LEE, *The Limits of Party. Congress and Lawmaking in a Polarized Era*, 2020 (p. 1-52).

⁶⁰ J. FISHKIN, D. E. POZEN, « Asymmetric Constitutional Hardball », *Columbia Law Review*, vol. 118, n° 3, 2018, p. 915-982 ; *contra*, voir D. E. BERNSTEIN, « Constitutional Hardball Yes, Asymmetric Not So Much », *Columbia Law Review Online*, vol. 118, 7 décembre 2018, p. 207-233.

⁶¹ Voir D. FARIS, *It's Time to Fight Dirty. How Democrats can Build a Lasting Majority in American Politics*, Brooklyn, Melville House, 2018 ; A. BELKIN, « Court Expansion and the Restoration of Democracy : The Case for Constitutional Hardball », *Pepperdine Law Review*, vol. 2019, n° 1, 2020, p. 19-50 ; D. EPPS, G. SITARAMAN, « How to Save the Supreme Court », *Yale Law Journal*, vol. 129, n° 1, 2019, p. 148-206 ; J. W. MUELLER, « Democrats Must Finally Play Hardball », *Project Syndicate*, 25 septembre 2020.

⁶² Voir D. E. POZEN, « Hardball and/as Anti-Hardball », *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 21, n° 4, 2019, p. 949-955 ; G. HELMKE, M. KROEGER, J. PAINE, « Democracy by Deterrence : Norms, Constitutions, and Electoral Tilting », *American Journal of Political Science*, vol. 66, n° 2, 2022, p. 434-450.

⁶³ Voir J. BALKIN, « Constitutional Crisis and Constitutional Rot », *Maryland Law Review*, vol. 77, 2017, p. 147-160 ; J. CHAFETZ, D. E. POZEN, « How Constitutional Norms Break Down », *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, p. 1430 ; J. BALKIN, « The Recent Unpleasantness. Understanding the Cycles of Constitutional Time », *Indiana Law Journal*, vol. 94, n° 1, 2019, p. 253-296 ; J. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, *op. cit.*, p. 3.

en reste à l'idée selon laquelle seule compterait la constitutionnalité, selon le Conseil constitutionnel, de la loi qui en a résulté. Le concept de « passage en force constitutionnel » s'est révélé pertinent pour restituer la singularité de ce moment. La théorie constitutionnelle française gagnerait, dès lors, à se l'approprier. Son utilisation invite, enfin, à enrichir les réflexions en droit constitutionnel au-delà de la seule dichotomie entre conformité d'une loi à la Constitution, ou méconnaissance de cette dernière. À s'y limiter, on risquerait de négliger une diversité de situations et de comportements dont l'analyse est également utile pour la compréhension du droit constitutionnel, qu'on l'appréhende du point de vue des normes ou des pratiques.

Julien Jeanneney

▮ Professeur de droit public à l'université de Strasbourg.

Varia

Le recours aux clauses de dérogation aux droits et libertés dans un contexte fédéral : l'exemple canadien

Toute communauté politique, quelle qu'elle soit, a besoin d'une pierre d'assise pour justifier juridiquement le pouvoir contraignant de gestion qu'elle entend se donner sur elle-même au moyen d'une constitution. Il faut en effet une volonté pour poser l'acte constituant initial. En termes juridiques, il faut un pouvoir constituant. Dans le cas d'un pouvoir constituant originaire¹, c'est-à-dire lors de l'adoption d'une constitution en rupture avec un ordre ancien, on postule l'existence d'une unité politique préconstitutionnelle déjà organisée capable, paradoxalement et de manière autoréférentielle, de donner corps à l'unité politique dans son ensemble au moyen d'un acte constituant.

Les auteurs présument généralement de l'unanimité et de l'homogénéité de l'unité politique préconstitutionnelle, car ils réfléchissent avec l'État-nation en tête. Dans ce contexte, le titulaire (généralement fictif) du pouvoir constituant originaire n'est jamais pensé comme pouvant être pluriel, ou comme pouvant être forgé à partir des formes politiques déjà existantes au moment de l'acte constituant. Le pouvoir constituant originaire a donc souvent une dimension anhistorique et décontextualisée. Admettre la pluralité inhérente du corps politique constituant risquerait, aux yeux de plusieurs, d'entraîner la fragilité de l'édifice constitutionnel.

Dans le cas du passage organisé d'un ordre constitutionnel à un autre — si l'on est encore autorisé à parler d'un pouvoir constituant originaire — les titulaires de ce pouvoir sont plus facilement identifiables. C'est encore plus vrai pour le pouvoir constituant d'un État fédéral, ce dernier étant toujours le fruit d'une décision rationnelle et non le produit d'un simple processus historique. Le fédéralisme pose toutefois problème, car il se marie mal à une vision moniste du pouvoir constituant, d'où le malaise de certains devant ce régime politique. Carl Schmitt, par exemple, s'il admet la possibilité d'un pacte fédéral entre États fédérés, n'en est pas moins d'avis que la survie de toute fédération est toujours précaire, et qu'elle repose sur une « condition préalable capitale », dit-il, soit

l'homogénéité de tous les membres de la fédération, c'est-à-dire sur une similitude substantielle qui fonde un accord (Übereinstimmung) concret, découlant de leur

¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 314 : « [L]e pouvoir constituant originaire n'est régi par aucune constitution, tandis que le pouvoir constituant dérivé est subordonné à la constitution en vigueur. Le premier serait donc un pouvoir inconditionné et absolu, le second un pouvoir constitutionnel, c'est-à-dire habilité et donc limité ».

être, entre les désirs des États membres, et garantit qu'il ne se produit pas de cas de conflit extrême au sein de la fédération².

L'État fédéral canadien est marqué à la fois par l'hétérogénéité des entités fédérées, acteurs constitutants de la fédération, mais également par la diversité des citoyens qui les composent. Dans les pages qui suivent, j'aimerais montrer comment cette hétérogénéité et cette diversité se répercutent sur l'exercice des pouvoirs constitutants originaire et dérivé de la Fédération et des États fédérés en prenant exemple, en particulier, de l'usage fait par le Québec du pouvoir constituant dérivé qui lui est reconnu par la Constitution canadienne, et du mécanisme de déconstitutionnalisation des droits et libertés également prévu par cette même constitution.

De façon à mettre les choses en contexte, je montrerai, dans un premier temps, combien il est difficile de penser le pouvoir constituant dans un État fédéral comme le Canada, État né de surcroît d'un processus pacifique de décolonisation (I). Le titulaire du pouvoir constituant y est-il le Parlement du Royaume-Uni, celui de la Fédération, ou ce dernier en association avec les assemblées législatives de l'ensemble des entités fédérées ? Dans un deuxième temps, je décrirai les débats au sujet du pouvoir de déconstitutionnalisation reconnu aux membres de la fédération par les clauses de dérogation aux droits fondamentaux prévus par la constitution formelle canadienne et le droit quasi constitutionnel provincial (II). Enfin, je décrirai comment l'actuel gouvernement québécois a mobilisé une double conception du pouvoir constituant dérivé à l'occasion de la réforme constitutionnelle qu'il a entreprise en adoptant la *Loi sur la laïcité de l'État*³ et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*⁴ (III). La première conception, fondée sur la souveraineté parlementaire, attribue le pouvoir constituant à l'Assemblée nationale, et la deuxième — laquelle s'apparente d'ailleurs plus à l'invocation d'un pouvoir constituant originaire — fait de la nation le titulaire de ce pouvoir. La combinaison de ces deux représentations du pouvoir constituant a le grand mérite, du point de vue du parti au pouvoir, de faire de sa majorité parlementaire l'interprète de la volonté de la nation. Elle l'autorise également à présenter la dérogation aux droits individuels garantis par la *Charte canadienne* comme un moyen de protéger la nation québécoise dont il est le porte-parole contre les assauts du multiculturalisme canadien. Malheureusement, ce faisant, il se trouve à dépeindre toutes les revendications de droits et libertés individuels, y compris celles qui se fondent sur les garanties prévues par la *Charte québécoise des droits et libertés*⁵, comme attentatoires aux « droits collectifs » de la nation.

² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 522. En ce qui a trait à la conception schmittienne du fédéralisme, lire l'étude d'H. CYR, « Fédéralisme et le concept du politique chez Carl Schmitt : Le problème de l'homogénéité de l'unité politique et du pluralisme fédéral », in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 37.

³ L.Q. 2019, ch. 12.

⁴ L.Q. 2022, ch. 14.

⁵ L.R.Q., c. C-12.

I. L'AMBIGUÏTE DU POUVOIR CONSTITUANT DE L'ÉTAT FEDERAL ET DES ENTITES FEDEREES EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

En raison de son héritage colonial, la question de savoir qui, au Canada, détient — pour employer la formule de Schmitt — « la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit de déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble⁶ » a, jusqu'en 1982, appelé une réponse simple : il s'agissait du Parlement de Londres.

C'est cette institution qui, depuis 1774, a formellement exercé le pouvoir constituant au Canada. Bien que la fédération de 1867 soit née de tractations entre les représentants des colonies, ce sont les autorités impériales qui avaient la capacité d'adopter et, par la suite, de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique⁷ (aujourd'hui rebaptisé *Loi constitutionnelle de 1867*⁸). Pleinement investi de la souveraineté impériale, Londres gardait la main haute sur les réformes constitutionnelles de ses « dominions ».

Mais derrière cette façade impériale palpitait une volonté politique proprement canadienne dont la nature continue encore aujourd'hui à faire polémique. Je l'ai dit, en 1867, ce sont les colonies qui ont pris l'initiative de réclamer une réforme constitutionnelle de type fédéral. Au nombre des raisons invoquées, on pouvait compter le désir des colonies de s'associer à des fins défensives et dans le but de créer un espace économique commun, ainsi que la volonté de confier les questions d'intérêt national à un gouvernement central tout en garantissant aux provinces une sphère d'autonomie à l'égard des questions locales. L'ensemble visait à combiner les avantages de l'unité et de la diversité. Le souci du Québec de préserver sa différence politique, culturelle et juridique a joué un rôle capital dans le choix du modèle fédéral.

Cela dit, la nature du pacte intervenu entre les partenaires en 1867 est toujours demeurée controversée. Cette imprécision a déclenché une crise constitutionnelle lorsqu'en 1981, la question s'est posée de savoir qui était en mesure de solliciter de Londres une modification constitutionnelle visant l'adoption d'une Charte des droits et libertés ainsi qu'une formule de modification qui permettrait dorénavant au Canada de rompre le cordon ombilical constituant qui le liait jusqu'alors au Royaume-Uni. Était-ce le seul Parlement fédéral, représentant de l'« union fédérale⁹ » canadienne ? Celui-ci ne devait-il pas plutôt obtenir le consentement de l'ensemble des assemblées législatives provinciales, celles-ci partageant toutes une égalité de statut à l'intérieur de la fédération ? Le Québec soutenait, quant à lui, que l'entente fédérale de 1867 n'était pas simplement un pacte entre des colonies/provinces d'égal statut, mais également un pacte intervenu entre les nations canadienne-française et canadienne-anglaise. Il découlait de cette prémisse que le consentement du Québec était essentiel à toute demande de réforme constitutionnelle et que, en conséquence, il détenait un droit de veto à l'encontre de toute demande allant à l'encontre de ses intérêts.

⁶ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 211-212.

⁷ 1867, 30-31 Victoria, c. 3 (R.-U.).

⁸ L.R.C. (1985), App. No 5.

⁹ Expression employée dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En 1981 et 1982, la Cour suprême du Canada a tranché le débat juridique (mais non politique) en décidant qu'une convention constitutionnelle exigeait du gouvernement fédéral qu'il obtienne un « degré appréciable de consentement provincial » avant de procéder à une demande de modification ayant pour effet de diminuer les pouvoirs attribués aux provinces aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁰. Fort de cette décision, le gouvernement fédéral de l'époque a obtenu l'accord de toutes les provinces, sauf le Québec, pour réclamer de Londres l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982¹¹ qui incluait une Charte des droits et libertés et une formule de modification. Dans une seconde décision tout aussi célèbre, la Cour suprême a déclaré que le Québec ne possédait aucun droit de veto conventionnel en matière de réforme constitutionnelle, rejetant ainsi la thèse du « pacte entre deux nations¹² ».

Les conséquences de l'exclusion du Québec se font encore sentir aujourd'hui, comme nous le verrons plus loin.

Il faut souligner ici le caractère élitiste du constitutionnalisme canadien. La population n'a jamais été appelée à se prononcer sur un projet constitutionnel, que ce soit celui de 1867 ou celui de 1982. C'est avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³ que la constitution formelle du pays s'est adressée pour la première fois aux citoyens. Pour l'essentiel, jusqu'en 1982, la constitution canadienne était l'affaire des autorités fédérale et provinciales, tout comme, bien sûr, des autorités de Londres, mais pas du peuple canadien.

En 1982, le Parlement britannique — comme je viens de le rappeler — a modifié la constitution formelle du Canada à la demande de celui-ci pour y inscrire une charte des droits et libertés et une formule de modification. À partir de cette date, le Parlement britannique a perdu à tout jamais son statut de pouvoir constituant pour le Canada. Aux termes de la nouvelle Loi constitutionnelle de 1982, les acteurs constituants sont dorénavant les assemblées législatives provinciales et les deux chambres du Parlement fédéral. Si on résume sommairement les procédures de modifications¹⁴, on peut dire que : 1. Les modifications portant sur certaines matières jugées fondamentales appellent l'approbation des deux chambres du Parlement fédéral et de toutes les assemblées législatives provinciales (art. 41) ; 2. Celles visant des dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement requièrent le consentement des deux chambres du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de chaque province concernée (art. 43) ; 3. Dans les cas non expressément prévus, une modification doit satisfaire à la formule générale s'appliquant par défaut, c'est-à-dire être approuvée par les deux chambres du Parlement fédéral et les assemblées législatives de sept provinces sur dix dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces (art. 38). On notera que le Québec ne s'est pas vu reconnaître

¹⁰ Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753, p. 905.

¹¹ Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

¹² Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 RCS 793. Pour une critique féroce du raisonnement adopté par la Cour suprême dans cette affaire, voir M. GOLD, « The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », *Supreme Court Law Review*, vol. 7, 1985, 455.

¹³ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982), R.-U., c. 11] (ci-après appelée *Charte canadienne*).

¹⁴ Elles sont décrites dans la Partie V de la Loi constitutionnelle de 1982.

un droit de veto particulier. Au contraire, toutes les provinces sont considérées comme ayant un statut identique. Malgré qu'il n'en ait jamais approuvé l'adoption, il ne fait cependant aucun doute que le Québec est aujourd'hui lié par la Constitution de 1982. Dans le Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, la Cour déclarait : « La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable¹⁵. »

Les formules décrites jusqu'ici visent toutes des modifications aux dispositions de la constitution formelle du Canada qui touchent les intérêts de plus d'un partenaire de la fédération. Mais la Constitution reconnaît aussi au Parlement fédéral un pouvoir constituant dérivé, celui de modifier unilatéralement la « Constitution du Canada » (entendue ici comme désignant la constitution interne du gouvernement fédéral) (art. 44), et aux assemblées législatives provinciales un pouvoir analogue, celui de modifier unilatéralement la constitution de leur province (art. 45). C'est donc dire que, dans l'exercice de leur souveraineté parlementaire, et sous réserve des limites posées par la constitution formelle, le Parlement et les assemblées législatives provinciales peuvent modifier leur constitution interne aux moyens de lois ordinaires qui peuvent ou non bénéficier d'une prépondérance sur les autres lois, selon qu'elles comportent ou non un mécanisme de « rigidification » que je décrirai plus loin. En passant, lorsque de telles lois matériellement constitutionnelles sont adoptées, il est très rare que le Parlement ou les assemblées législatives affirment explicitement recourir à leur pouvoir constituant dérivé plutôt qu'à leur pouvoir législatif ordinaire.

Les particularités du pouvoir constituant de la Fédération et des entités fédérées ayant été brièvement exposées, il importe de rappeler le rôle central encore joué par le principe de souveraineté parlementaire en droit constitutionnel canadien.

Quoiqu'un État fédéral, le Canada n'en demeure pas moins coulé dans le moule de la conception britannique du pouvoir constituant. J'entends par là qu'au Royaume-Uni, les notions de souveraineté du peuple ou de souveraineté nationale n'ont aucune connotation juridique, toutes deux étant éclipsées par la notion de « souveraineté parlementaire¹⁶ ». Au Royaume-Uni, pays dépourvu de constitution formelle écrite, le Parlement est à la fois titulaire du pouvoir constituant et titulaire du pouvoir législatif ordinaire. Il n'existe donc pas de distinction formelle entre lois constitutionnelles et lois ordinaires. Ajoutons que la souveraineté, sous-théorisée dans la tradition britannique, n'a pas la dureté du même concept dans la tradition — bodinienne — française, au regard de laquelle l'idée banale de souveraineté partagée (entre la fédération et les entités fédérées) est souvent vue comme une hérésie.

Comme je l'ai mentionné, le Canada est assujéti à une constitution fédérale écrite depuis 1867, mais la souveraineté parlementaire y joue encore un rôle capital. Bien sûr, en raison de la suprématie de la constitution fédérale, il va de soi que la souveraineté du Parlement fédéral et celle des assemblées législatives provinciales ne peut s'exercer que dans les champs de compétence mutuellement exclusifs qui leur ont été attribués aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867. Une loi provinciale qui porte sur une matière de compétence fédérale pourra ainsi être déclarée invalide — et vice versa — par un tribunal compétent. Le Canada est donc fami-

¹⁵ Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, p. 806.

¹⁶ J. BELL, « Que représente la souveraineté pour un Britannique? », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 107.

lier depuis longtemps avec l'idée de contrôle judiciaire de la légalité constitutionnelle des lois. Même avant 1982, la souveraineté parlementaire n'y était plus totalement triomphante du fait du caractère fédéral de l'État consacré par la Constitution de 1867.

Cependant, dans les champs de compétence législative qui sont leurs, le Parlement et les assemblées législatives provinciales continuent à exercer leur souveraineté, sans crainte de se voir menacer d'un contrôle judiciaire¹⁷. Avant 1982, par exemple, en l'absence de charte des droits et libertés dans la constitution formelle du Canada, le Parlement fédéral et les provinces étaient en mesure d'adopter des instruments de protection des droits et libertés. Le champ d'application de ces derniers était toutefois limité à leurs sphères respectives de compétence. Et, à l'inverse, la souveraineté parlementaire leur permettait tout autant d'enfreindre les droits et libertés fondamentales. À cette époque, l'équilibre à établir entre protection des droits et libertés et poursuite du bien commun était réputé relever avant tout de la responsabilité des élus. La souveraineté parlementaire et la *rule of law* étaient alors considérées comme les principaux vecteurs de protection des droits et libertés.

Plusieurs assemblées législatives provinciales, tout comme le Parlement fédéral, ont adopté, avant 1982, des lois quasi constitutionnelles interdisant la discrimination et/ou protégeant les droits fondamentaux. La *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁸ dont l'adoption a précédé de cinq ans celle de la *Charte canadienne* en est l'exemple parfait¹⁹. Dans certains cas, ces lois permettaient l'invalidation des lois qui y contrevenaient, d'où le qualificatif « quasi constitutionnel ».

La difficulté posée par l'impossibilité, pour un parlement, d'édicter des lois liant ses successeurs a pu être tournée par un mécanisme de « rigidification » des lois respectueux de la souveraineté parlementaire. Ainsi, l'article 52 de la *Charte québécoise* déclare :

Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

La possibilité de dérogation expresse préserve la souveraineté des futurs parlements. La *Charte québécoise* demeure toutefois une loi ordinaire adoptée à la majorité et pouvant être modifiée de la même façon. Elle n'a donc pas un statut hiérarchique supérieur aux lois dont elle autorise l'invalidation, mais le mécanisme de rigidification assure sa prépondérance. Seules les lois qui y dérogeront expressément pourront prévaloir sur les droits qu'elle garantit.

Avec l'adoption de la *Charte canadienne*, les droits et libertés ont été élevés au rang de normes fondamentales enchâssées dans la constitution formelle. Malgré tout, ils n'échappent pas complètement à l'emprise de la souveraineté parlementaire. En effet, à l'occasion des négociations qui se sont tenues entre les provinces et le gouvernement Trudeau en 1980 et 1981, les provinces se sont opposées à l'adoption d'une charte des droits et libertés dans la Constitution, invoquant une atteinte à leur souveraineté parlementaire. Afin d'obtenir le consentement de neuf

¹⁷ Voir, par exemple, Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 RCS 525.

¹⁸ RLRQ, chap. C-12 [ci-après la *Charte québécoise*].

¹⁹ La Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 est un bon exemple d'une loi quasi-constitutionnelle fédérale.

d'entre elles, le gouvernement Trudeau a accepté l'ajout, dans la *Charte canadienne*, d'un mécanisme de déconstitutionnalisation ou « déconstituant », mieux connu sous le nom de « clause de dérogation » (en anglais « *notwithstanding clause* »). L'article 33 de la *Charte canadienne* prévoit en effet que « le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte », c'est-à-dire les libertés fondamentales classiques, les garanties juridiques applicables au processus pénal et la disposition garantissant les droits à l'égalité. La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration, est-il précisé, a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. Enfin, cette déclaration cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

Cette disposition a donc pour objet et effet de permettre au Parlement fédéral ou aux provinces, dans leur propre champ de compétence, de revenir au *statu quo ante* (pendant des périodes renouvelables de cinq ans²⁰), c'est-à-dire à l'époque où l'équilibre à établir entre protection des droits et libertés et poursuite du bien commun était réputé relever avant tout de la responsabilité des élus et du pouvoir législatif ordinaire.

Je décrirai maintenant les débats entourant le recours au mécanisme de déconstitutionnalisation reconnu aux membres de la fédération par l'article 33 de la *Charte canadienne*. On verra, entre autres choses, l'importance accordée à la souveraineté parlementaire dans l'argumentaire de ceux qui sont favorables à son utilisation par les provinces.

II. MECANISMES D'AUTOLIMITATION ET POUVOIR DE DECONSTITUTIONNALISATION

Le mécanisme de déconstitutionnalisation prévu à l'article 33 de la *Charte canadienne* se distingue du mécanisme d'autolimitation prévu par la *Charte québécoise*. Cette dernière, bien que produit du pouvoir constituant dérivé de la province, ne se distingue pas sur le plan de son statut normatif de toute autre loi ordinaire. Sa prépondérance sur les autres lois résulte d'un mécanisme d'autolimitation. Conformément à l'article 52, comme on l'a vu, le législateur, à moins de dérogation expresse, est présumé avoir eu l'intention de respecter les droits énoncés dans la Charte. Cette technique n'est qu'une traduction législative des présomptions contre l'abrogation implicite de certains droits fondamentaux historiquement reconnus par les juges de common law. Ainsi, ces derniers ont depuis longtemps coutume d'interpréter les lois pénales en présumant que le législateur n'entendait pas éliminer le devoir du ministère public de prouver l'intention coupable (*mens rea*) de l'accusé, à moins de le préciser expressément²¹. Le législateur québécois s'inscrit dans cette tradition afin d'assurer la protection des droits reconnus par la *Charte québécoise*.

²⁰ Les paragraphes 33 (3) et (4) de la *Charte canadienne* prévoient que « [l]a déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur » et que « [l]e Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1) ».

²¹ Voir, par exemple, *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

L'article 33 de la *Charte canadienne* se distingue quant à lui de l'article 52 de la *Charte québécoise*, en ce qu'il permet une dérogation, non pas aux prescriptions d'une simple loi de même statut normatif, mais une dérogation aux droits et libertés garantis par la constitution formelle du pays, dispositions qui autrement, ne pourraient être modifiées qu'avec l'accord de sept provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population canadienne. Le Parlement fédéral ou une assemblée législative provinciale peuvent donc adopter des lois dans leurs champs de compétence respectifs et les soustraire à des normes constitutionnelles d'un niveau supérieur. L'article 33 met donc en place un mécanisme de déconstitutionnalisation et non un simple dispositif d'autolimitation.

Ce qui est frappant dans les discussions autour de la légitimité du recours à l'article 33 de la *Charte canadienne* — ou de l'article 52 de la *Charte québécoise*, c'est l'accent mis sur la souveraineté parlementaire, sur les relations formelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, plus spécifiquement sur l'impossibilité pour le deuxième de remettre en question la législation parlementaire. L'essentiel du débat porte sur le danger d'un éventuel gouvernement des juges et non sur la question de savoir comment un tel pouvoir de déconstitutionnalisation devrait être exercé par l'Assemblée nationale (par exemple : adoption par simple majorité ? ou avec une majorité renforcée ?). En raison de cette tangente, le débat autour de l'application de l'article 33 a donc pris des allures très techniques.

Ainsi, beaucoup d'encre a coulé sur la question de savoir si le déclenchement de l'article 33 était assujéti à de simples conditions de forme ou encore à des conditions de fond. La Cour suprême a tranché dans l'arrêt *Ford* en 1988 en concluant qu'il suffit, pour que la dérogation opère, que la loi affirme expressément déroger aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*²². Nul besoin, dit-elle, de préciser quelle liberté en particulier est enfreinte par la loi. Les juges ont même conclu qu'une telle clause pouvait figurer dans une loi omnibus modifiant plusieurs lois en même temps.

Malgré la décision de la Cour suprême, le débat n'est pas clos au sujet des conditions de mise en œuvre de l'article 33. Certains soutiennent par exemple qu'il n'interdit pas aux tribunaux d'examiner la compatibilité d'une loi comportant une clause de dérogation avec les articles 2 et 7 à 15²³. Il leur retire simplement le pouvoir de déclarer la loi invalide. Un tribunal pourrait donc, à l'instar de ce qui se fait aux termes du *Human Rights Act* au Royaume-Uni, constater l'« incompatibilité » de la loi avec une disposition de la *Charte québécoise*. La disposition attentatoire demeurerait alors en vigueur, mais porterait dorénavant le stigmate d'une condamnation judiciaire. D'autres soutiennent que l'article 33 ne devrait pas être utilisé de manière préventive, mais uniquement après qu'un tribunal ait prononcé l'invalidité d'une loi²⁴. Dans les deux situations décrites ici, les motifs du tribunal, soutient-on, viendraient nourrir le débat démocratique qui devrait se tenir au bout de cinq ans,

²² *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 ; voir également la récente décision *Working Families Coalition (Canada) Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139, para. 50-58.

²³ Voir, par exemple, R. LECKEY et E. MENDELSON, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate », *University of Toronto Law Journal*, vol. 72, n° 2, 2022, p. 189.

²⁴ P. C. WEILER, « Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, n° 51, p. 80-84 et T. KAHANA, « Understanding the Notwithstanding Mechanism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, 2002, p. 221.

lorsque se poserait la question du renouvellement ou non de la clause de dérogation.

Cette focalisation sur le pouvoir des tribunaux de contrer la souveraineté parlementaire a non seulement occulté la question de savoir comment un tel pouvoir de déconstitutionnalisation devrait être exercé par l'Assemblée nationale, mais il a également contribué à alimenter l'idée que celle-ci n'avait aucun rôle à jouer dans la protection des droits et libertés.

En effet, en envisageant l'article 33 sous le seul angle des relations formelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, on dépeint souvent la *Charte canadienne* comme un instrument dont la mise en œuvre relève avant tout, sinon exclusivement, des tribunaux²⁵. Elle est également pensée, dans cette perspective, comme imposant des limites au pouvoir législatif et non des responsabilités. Cette manière d'envisager les choses empêche de concevoir la *Charte canadienne* comme imposant aux *trois* pouvoirs le devoir d'en respecter la lettre et l'esprit. Elle déresponsabilise le pouvoir législatif et autorise ceux qui l'exercent à voir dans l'article 33 un moyen d'échapper au devoir qui leur incombe au premier chef d'établir un juste équilibre entre intérêt commun et respect des droits et libertés des citoyens.

Envisagée selon un modèle collaboratif plutôt que strictement judiciaire, la *Charte canadienne* impose au contraire une responsabilité au pouvoir législatif. Cette responsabilité obligerait les législateurs, s'ils entendent recourir à une clause dérogatoire, à déterminer de manière consciencieuse, à l'occasion d'un débat éclairé, si les mesures adoptées visent des objectifs impérieux et si elles constituent un moyen raisonnable pour les atteindre. Dans la perspective du modèle collaboratif, la présence d'un mécanisme de déconstitutionnalisation dans la *Charte canadienne* n'a donc rien d'une hérésie, dans la mesure bien sûr où le pouvoir législatif procède avec rigueur à la pondération des intérêts de la majorité avec les droits des minorités. Malheureusement, le pouvoir législatif qui l'invoque peut, comme nous le verrons plus loin, y voir simplement un moyen de se soustraire à tout examen de la proportionnalité de l'atteinte.

Embrasser un modèle collaboratif appellerait un examen des mécanismes parlementaires permettant de faire correspondre le plus possible la volonté parlementaire à la volonté non monolithique des publics qui composent le peuple souverain. On pourrait par exemple penser à assujettir l'adoption d'une clause de dérogation à l'approbation des deux tiers des députés ; à l'obligation pour l'Assemblée nationale de recevoir un rapport de la Commission québécoise sur les droits de la personne au sujet de la loi proposée avant de procéder ; à l'obligation de tenir une commission parlementaire en bonne et due forme, de ne pas recourir au bâillon²⁶, ou encore de solliciter l'opinion de la population au moyen d'un référendum.

Cette démarche est d'autant plus nécessaire dans le contexte canadien où la conjonction d'un régime parlementaire de type britannique et d'un régime électoral uninominal à un tour favorise l'avènement de gouvernements majoritaires s'appuyant bien souvent sur moins de 40 % des suffrages. Dans un tel contexte, il faut

²⁵ J'emprunte la distinction entre « modèle judiciaire » et « modèle collaboratif » examinée dans les deux prochains paragraphes à B. SLATTERY, « A Theory of the Charter », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 25, 1987, p. 701.

²⁶ Procédure parlementaire employée par le gouvernement afin de limiter le temps consacré au débat relatif à un projet de loi.

être bien naïf pour penser que majorité parlementaire et volonté du peuple c'est bonnet blanc, blanc bonnet. On comprendra que, dans une telle situation, les gouvernements enclins à recourir à l'article 33 ont peu d'intérêt à approfondir dans quelle mesure la souveraineté parlementaire qu'ils invoquent est l'équivalent de la souveraineté du peuple, et si oui, de quel peuple au juste il s'agit.

Je décrirai maintenant comment l'actuel gouvernement québécois a mobilisé une double conception du pouvoir constituant dérivé à l'occasion de la réforme constitutionnelle qu'il a entreprise en adoptant la *Loi sur la laïcité de l'État* et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*. Comme je le disais en introduction, la première de ces conceptions, fondée sur la souveraineté parlementaire, attribue le pouvoir constituant à l'Assemblée nationale, et la deuxième fait de la nation le titulaire du pouvoir constituant. Cette double représentation du pouvoir constituant a le grand mérite, du point de vue du parti au pouvoir, de faire de sa majorité parlementaire l'interprète de la volonté de la nation. Elle a cependant le triste résultat de transformer toute revendication fondée sur le respect des droits individuels en menace aux « droits collectifs » de la nation et donc en crime de lèse-nation. Nous verrons également comment l'illégitimité de la Constitution canadienne, du point de vue des Québécois, a permis de justifier la déconstitutionnalisation des droits individuels garantis par la *Charte canadienne*.

III. LE PARTI MAJORITAIRE AU POUVOIR : TITULAIRE DU POUVOIR CONSTITUANT AU QUÉBEC

L'exemple le plus fameux du recours par le Québec à l'article 33 est sans conteste l'adoption en 1982 par l'Assemblée nationale, quelques semaines après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, d'une clause de dérogation à la *Charte canadienne* applicable à toutes les lois québécoises²⁷. Cet usage massif, dans une loi omnibus, de l'article 33 était un moyen de marquer le refus du Québec d'entériner la modification de la constitution formelle du Canada qui s'était faite, on s'en souviendra, sans son consentement. Cette clause de dérogation devait expirer cinq ans plus tard, le gouvernement alors en place n'ayant pas jugé bon de la renouveler. J'ai déjà mentionné que la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* avait avalisé ce recours massif à l'article 33, au motif que celui-ci n'imposait que des conditions de forme qui, en l'espèce, avaient été respectées.

En 1988, la Cour suprême du Canada a invalidé des dispositions de la *Charte de la langue française* établissant que l'affichage commercial devait se faire uniquement en français, au motif qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la liberté d'expression. Devant le tollé soulevé au Québec par cette décision, le gouvernement québécois de l'époque a alors adopté à nouveau les dispositions imposant l'affichage unilingue français à l'extérieur des commerces, en leur adjoignant une déclaration qu'elles avaient effet indépendamment des dispositions de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise* relatives à la liberté d'expression et à l'égalité. Cette fois, ce fut la colère du Canada anglais qui se déchaîna devant ce qui était considéré comme une deuxième attaque en règle contre la *Charte canadienne* et,

²⁷ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21. Toutefois, à cette époque, le gouvernement du Québec n'a pas recouru au mécanisme d'autolimitation prévu par la *Charte québécoise*, si bien que les lois québécoises pouvaient tout de même être attaquées devant un tribunal si elles contrevenaient aux articles 1 à 38 de cet instrument législatif.

plus spécifiquement cette fois, comme une attaque en règle, par le gouvernement québécois, à l'encontre des droits fondamentaux de la communauté anglophone du Québec.

Cette saga québécoise de la clause dérogatoire a cultivé l'idée, particulièrement au Canada anglais, que le recours à l'article 33 était illégitime, illibéral et politiquement suicidaire. Jusqu'à tout récemment, comme la clause est très peu utilisée à l'extérieur du Québec, plusieurs auteurs parlaient même de la désuétude de cette disposition²⁸. En réalité, la clause a été utilisée plus souvent qu'on ne le croyait, mais sans que le public en soit alerté, bien souvent parce que son usage portait sur des lois obscures régissant des questions complexes²⁹. Chose certaine, le Québec fait bande à part, un auteur dénombrant 61 invocations de la clause dérogatoire canadienne dans les lois québécoises adoptées entre 1982 et 2014 ; 45 références à son équivalent québécois, comparativement à trois recours à la clause dérogatoire dans le reste du pays³⁰.

Au cours des années, plusieurs auteurs (et pas simplement québécois) ont tenté d'insuffler une légitimité à l'article 33 et ont déploré l'hésitation des politiciens à y recourir. Outre la menace du gouvernement des juges et le principe de souveraineté parlementaire, certains, inspirés par le modèle collaboratif décrit plus haut, ont plaidé que l'article 33 permettait la mise en place d'un « dialogue » institutionnel entre pouvoirs législatif et judiciaire³¹. Selon cette école, le pouvoir législatif est tenu d'assurer un juste équilibre entre intérêt commun et respect des droits et libertés individuels à l'occasion de l'adoption des lois. Le pouvoir judiciaire, quant à lui, a pour tâche, si une partie le sollicite, de déterminer si ladite loi porte atteinte à ces droits et, aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne*, de décider si les limites imposées par la loi sont raisonnables et fondées sur une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela fait, le dialogue institutionnel peut encore se poursuivre au moyen cette fois du recours par le législateur au mécanisme de déconstitutionnalisation. Les juges n'étant pas infaillibles et la question du caractère raisonnable des limites aux droits ouvrant la porte non pas à une, mais à un éventail de solutions possibles, le pouvoir législatif est autorisé, selon cette école, à substituer son propre point de vue à celui du tribunal.

D'autres encore ont soutenu que le recours à l'article 33 peut se justifier dans la mesure où la *Charte canadienne* ne dit rien des droits économiques et sociaux³². En

²⁸ R. ALBERT, « The Desuetude of the Notwithstanding Clause – And How to Revive it », in E. MACFARLANE (dir.), *Policy Change, Courts, and the Canadian Constitution*, University of Toronto Press, 2018, p. 146.

²⁹ T. KAHANA, « The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter », *Administration publique du Canada*, vol. 44, 2001, p. 255.

³⁰ G. ROUSSEAU et F. CÔTÉ, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights », *Revue générale de droit*, vol. 47, 2017, p. 343.

³¹ P. W. HOGG et A. A. BUSHILL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75.

³² Voir, par exemple, A. E. BLAKENEY, « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing », *Constitutional Forum/Forum constitutionnel*, vol. 19, n° 1, 2010.

conséquence, pour assurer la mise en œuvre de certaines politiques publiques, il peut arriver qu'un gouvernement doive faire prévaloir les droits sociaux de tous sur les droits individuels des uns, d'où l'utilité de la clause dérogatoire.

L'argument le plus fréquemment invoqué pour justifier le recours à la clause dérogatoire de la *Charte canadienne* s'articule toutefois au principe fédéral. L'article 33, soutient-on, permet d'harmoniser les contraintes imposées par le constitutionnalisme avec le respect des identités locales³³. Dans une logique fédérale, rien ne s'oppose à ce que les lois adoptées par les provinces dans les champs de compétence qui leur sont exclusivement attribuées reflètent des valeurs propres aux communautés locales. Après tout, si l'article 1 de la *Charte canadienne* parle du Canada comme d'une « société libre et démocratique », il s'agit en fait et en droit d'une société « fédérale » libre et démocratique. Cette approche qui s'apparente à la notion de « marge nationale d'appréciation » en droit européen prend appui sur certains préceptes constitutionnels fondamentaux du fédéralisme canadien : l'idée de coordination des pouvoirs fédéraux et provinciaux, plutôt que de subordination des seconds aux premiers ; le principe de subsidiarité favorisant l'application des normes du palier de gouvernement le plus proche de la population et le principe du pluralisme politique et juridique qui justifie la diversité des points de vue, des politiques publiques et des lois³⁴.

Examinons maintenant comment tous ces arguments ont été mobilisés par le gouvernement québécois dans sa récente entreprise de constitutionnalisation des « droits collectifs » de la nation québécoise et de déconstitutionnalisation des droits et libertés individuels garantis aussi bien par la *Charte canadienne* que par la *Charte québécoise*.

Un mot de contexte s'impose pour comprendre la stratégie de l'actuel gouvernement québécois et son succès auprès de la majorité francophone de tradition ju-déo-chrétienne (aujourd'hui presque entièrement laïque³⁵). Le nationalisme, pour survivre, doit s'appuyer sur un sentiment d'injustice, de ressentiment. Et ce sentiment doit pouvoir s'exercer à l'encontre d'un Autrui, d'un adversaire, d'un ennemi.

³³ Voir, par exemple, J. L. HIEBERT, « Notwithstanding the Charter: Does Section 33 Accommodate Federalism? », in E. GOODYEAR-GRANT et K. HANNIMAN (dir.), *Canada: The State of the Federation 2017: Canada at 150: Federalism and Democratic Renewal*, McGill-Queen's University Press, 2019, p. 59 ; D. NEWMAN, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities » in G. SIGALET, G. WEBBER et R. DIXON (dir.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions* Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 209 ; N. KARAZIVAN et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : The Example of Quebec's *Laïcité Act* » in J. LECLAIR et N. KARAZIVAN (dir.), *The Political and Constitutional Legacy of Pierre Elliott Trudeau — L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, 487, aux pages 498-500 et N. KARAZIVAN, « Le Québec peut-il exercer une souveraineté sur les droits fondamentaux ? » *Les grandes conférences du CAPCF* [En ligne : www.capcf.uqam.ca/wp-content/uploads/2022/12/Noura-Karazivan-Les-Grandes-Conferences-du-CAPCF-1er-decembre-2022-2.pdf].

³⁴ N. KARAZIVAN, « Le Québec peut-il exercer une souveraineté sur les droits fondamentaux ? », art. cité, p. 26.

³⁵ D. SALÉE, « The New Face of Quebec Nationalism: Reconsidering the Nationalism/Democracy Nexus », *American Review of Canadian Studies*, vol. 52, 2022, p. 119 ; F. ROCHER, « Transformations in contemporary Quebec nationalism, 1960–2020: A shift in the sources of collective animosities », *Nations and Nationalism*, vol. 1, 2022 et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Canadian Federalism and Quebec's Pathological Prism », in S. GERVAIS, C. KIRKEY et J. RUDY, *Quebec Questions. Quebec Studies for the Twenty-First Century*, Don Mills, Oxford University Press Canada, 2016, p. 316.

L'affrontement peut bien sûr prendre des formes pacifiques, mais l'existence d'un ennemi demeure la condition existentielle du nationalisme. Pendant longtemps, le « reste du Canada », c'est-à-dire le Canada anglais a été l'ennemi du nationalisme québécois. Émancipateur, ce nationalisme visait à sortir les Québécois de leur statut de « scieurs de bois et de porteurs d'eau » et à diminuer l'attraction de la langue anglaise pour les immigrants fraîchement arrivés au Québec. Cette forme de nationalisme a connu un grand succès à partir des années 1960 et a permis aux Québécois de langue française de se mobiliser efficacement. Si bien qu'aujourd'hui, ces derniers tiennent les rênes du pouvoir économique dans la province et les immigrants sont maintenant tenus par la *Charte de la langue française*³⁶, adoptée en 1977, d'envoyer leurs enfants à l'école publique française.

Sur le plan politique, ce nationalisme émancipateur n'a toutefois pas été en mesure de se traduire par l'accession à la pleine indépendance politique, les Québécois ayant par deux fois, en 1980 et 1995, refusé d'emprunter cette voie. Cela s'explique en grande partie par le fait que ce nationalisme émancipateur a été victime de son propre succès. Les Québécois ont pu, à l'intérieur du fédéralisme canadien, se donner les moyens constitutionnels (adoption de la *Charte de la langue française*) de se réaliser.

Devant les sondages de plus en plus défavorables à la pleine indépendance, le nationalisme québécois a dû se chercher un autre adversaire. Depuis le débat sur les « accommodements raisonnables » en matière religieuse déclenché par le dépôt, en 2008, du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles³⁷, c'est à l'intérieur même de la population du Québec qu'il l'a trouvé.³⁸ Un nouveau discours nationaliste prêche maintenant la nécessité de se protéger contre les individus et les groupes qui ne partagent pas — ou plutôt qu'on représente comme ne partageant pas — l'héritage historique, culturel et linguistique de la majorité francophone.

Comme nous le verrons maintenant, l'entreprise de constitutionnalisation mise en branle récemment par le gouvernement québécois vise précisément à protéger la nation québécoise des périls qui menaceraient ses « droits collectifs ». Au nombre de ces périls, on doit compter les droits et libertés de la personne qui ne seraient qu'une manifestation du multiculturalisme canadien. L'entreprise de constitutionnalisation s'accompagne donc d'une entreprise de déconstitutionnalisation des droits individuels. La stratégie gouvernementale consiste, entre autres, on le verra, à fonder la légitimité de son intervention sur l'illégitimité de la constitution canadienne.

Deux lois constitutionnelles d'importance ont été adoptées par le gouvernement actuel. Toutes deux visent à définir la spécificité de la communauté politique québécoise (fonction constituante) et à écarter l'application de la *Charte canadienne* et même de la *Charte québécoise* (fonction déconstituante).

³⁶ RLRQ c C-11.

³⁷ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008.

³⁸ À propos de ce débat qui a déchiré le Québec, voir J. MACLURE et F. BOUCHER, « Quebec's Culture War: Two Conceptions of Quebec Identity », in S. GERVAIS, C. KIRKEY et J. RUDY, *Quebec Questions. Quebec Studies for the Twenty-First Century*, op. cit., p. 66.

La première, la *Loi sur la laïcité de l'État*, prohibe le port de signes religieux par certains employés de l'État et oblige toute personne désireuse d'être servie par un fonctionnaire à se découvrir le visage. Elle prévoit également que le gouvernement n'a pas à retirer « un bien meuble qui orne un immeuble » gouvernemental (art. 17) ; un crucifix par exemple. La loi modifie également la *Charte québécoise* en y intégrant le principe de laïcité de l'État. La deuxième loi, la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, vient, quant à elle, renforcer les dispositions de la *Charte de la langue française*, et modifier le texte de la constitution formelle de 1867 en y insérant l'article suivant : « Les Québécoises et les Québécois forment une nation. » Ces deux projets de loi comportent des clauses de dérogation aux droits garantis par les deux chartes. Leur insertion dans la *Loi sur la laïcité* a soulevé une importante vague d'indignation. Seule la controverse entourant cette loi retiendra notre attention.

Cette loi controversée, soulignons-le, a été adoptée par une Assemblée nationale très divisée (73 voix pour et 35 contre³⁹). En outre, elle l'a été sous le bâillon. Enfin, c'était la première fois qu'une modification à la *Charte québécoise* était adoptée sans qu'une quasi-unanimité des députés soit obtenue.

Le gouvernement majoritaire de la *Coalition Avenir Québec* a présenté plusieurs justifications au recours à la clause de dérogation prévue par l'article 33 de la *Charte canadienne*. Ainsi, on a allégué que cette loi était l'achèvement d'un parcours historique spécifique ayant mené le Québec à développer un attachement particulier pour la laïcité de l'État, ou encore qu'elle permettrait de mettre le droit québécois au diapason de la laïcité et d'enfin « passer à autre chose⁴⁰ ».

Trois arguments surnagent toutefois : l'invocation de la souveraineté du Parlement québécois ; l'affirmation du caractère distinct de la société québécoise et l'importance de protéger les « droits collectifs » d'une nation vulnérable.

Voici ce que prévoit le préambule de la loi sur la laïcité :

CONSIDÉRANT que la nation québécoise a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la laïcité de l'État ; [...]

CONSIDÉRANT qu'en vertu du *principe de la souveraineté parlementaire*, il revient au Parlement du Québec de déterminer selon quels principes et de quelle manière les rapports entre l'État et les religions doivent être organisés au Québec ; [...]

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la laïcité de l'État en assurant un équilibre entre les *droits collectifs de la nation québécoise* et les droits et libertés de la personne⁴¹.

Mettant l'accent sur la souveraineté parlementaire, le ministre Simon Jolin-Barette, responsable du dossier de la laïcité, affirmait par exemple que « c'est au Parlement à déterminer de quelle façon vont s'organiser les rapports entre la religion et l'État, et ce n'est pas aux tribunaux [...]. Le Parlement du Québec souhaite ici réorganiser les rapports entre l'État et les religions. Il refuse de laisser ainsi les

³⁹ Seulement 108 des 125 députés étaient présents. Le gouvernement de la CAQ comptait pour 65 des 73 voix exprimées en faveur de la loi.

⁴⁰ S. JOLIN-BARRETTE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 42^e législature, 1^{re} session, le dimanche 16 juin 2019 – Séance extraordinaire.

⁴¹ Les italiques sont de notre fait.

tribunaux fixer seuls les termes du débat sur la laïcité de l'État. [...] [Ce projet] répond à la volonté de la nation québécoise⁴². »

À propos de la spécificité culturelle et politique du Québec, il déclarait :

la laïcité, c'est une des valeurs importantes de l'État québécois. Pourquoi ? Parce que la société québécoise, elle est distincte. Et, peu importent les opinions politiques ou les options politiques que nous avons ici, en cette Chambre, qu'on soit fédéraliste, souverainiste ou nationaliste, il y a des choses qui doivent se décider ici, à l'Assemblée nationale, par les élus du peuple québécois, comme la laïcité. Mais notamment l'avenir du Québec, ça doit être décidé par des lois à l'Assemblée nationale du Québec, par le peuple québécois⁴³.

Il reviendra toutefois au Premier ministre Legault de plaider la vulnérabilité de la nation québécoise :

Méfiez-vous de ceux qui disent qu'ils aiment le peuple mais qui ne veulent pas écouter ce que demande le peuple. Et je pense qu'on [en] a un bel exemple aujourd'hui. On a un peuple québécois qui est [composé de] huit millions d'habitants dans un univers de centaines de millions d'anglophones. La situation de ce peuple sera toujours vulnérable. Et il a été prévu, dans la charte [canadienne], d'avoir une clause dérogatoire. Il y a été prévu que, parfois, il faut invoquer les droits collectifs, et c'est ce qu'on fait aujourd'hui avec le projet de loi n° 21⁴⁴.

De cet amalgame entre souveraineté parlementaire et droits collectifs de la nation, le gouvernement tire la conclusion qu'en tant que porte-voix du peuple, il est en droit d'agir comme il le fait. Il est cocasse ou triste, selon le point de vue, de voir le gouvernement invoquer le peuple et la nation de manière ronflante, alors qu'il s'apprête à imposer ce projet de loi à grands coups de bâillon, lui dont la députation majoritaire (74 sièges sur 125) ne représentait pourtant à l'époque que 37 % des électeurs.

Tocqueville n'avait certainement pas tort lorsqu'il écrivait :

La volonté nationale est un des mots dont les intrigants de tous les temps et les despotes de tous les âges ont le plus largement abusé. Les uns en ont vu l'expression dans les suffrages achetés de quelques agents du pouvoir, d'autres dans les votes d'une minorité intéressée ou craintive ; il y en a même qui l'ont découverte toute formulée dans le silence des peuples, et qui ont pensé que du *fait* de l'obéissance naissait pour eux le *droit* du commandement⁴⁵.

Après avoir justifié ce processus constituant au nom de la nation québécoise et de la souveraineté parlementaire, le gouvernement s'est ensuite appuyé sur l'illégitimité de la Constitution de 1982, non approuvée par Québec, pour justifier son processus de déconstitutionnalisation. Voici comment le ministre Jolin-Barrette s'exprimait :

[L]'utilisation des dispositions de dérogation est légitime pour l'État québécois parce que ça fait partie du compromis de la Constitution de 1982, *qui d'ailleurs n'a pas été signée ni ratifiée par l'État québécois*. Cela étant dit, en termes de négociation avec les provinces, on a voulu prévoir un aspect où le Parlement conservait sa prérogative, et c'est justement ce que nous faisons dans le cadre du

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, tome 1, 1961, p. 106.

présent projet de loi. C'est aux parlementaires de décider de quelle façon les rapports entre l'État et les religions vont s'organiser. C'est tout à fait légitime de le faire. Et la disposition de dérogation est là dans la loi pour être utilisée⁴⁶.

Cet argumentaire vaut peut-être pour la clause de dérogation figurant dans la *Charte canadienne*, mais qu'en est-il de l'adoption d'une clause dérogeant aux droits garantis par la *Charte québécoise*, un document pourtant unanimement adopté en 1975 par l'Assemblée nationale ? Le ministre répond en invoquant l'usage fréquent qu'on en a fait.

L'utilisation de la disposition de dérogation à la fois pour la Charte québécoise et la Charte canadienne, elle est autorisée, elle est légitime, elle n'est pas là uniquement pour être présente, elle est là pour être utilisée, et, de façon préventive comme nous le faisons [...] [elle a d'ailleurs été utilisée] à plus de 105 reprises par les gouvernements [québécois] successifs⁴⁷.

Bref, les droits et libertés de la personne ne pèsent pas lourd lorsque les intérêts collectifs de la nation sont en péril. Et la source juridique de leur protection, québécoise ou canadienne, ne change rien à l'affaire.

Contrairement aux autres provinces canadiennes où le pouvoir constituant se résume à la souveraineté parlementaire, car l'argument sieyèsien de la nation n'y a aucune prise, les gouvernements québécois peuvent prendre appui sur un discours nationaliste dont les principaux postulats sont les suivants⁴⁸ : 1. La nation est une autorité transcendante, antérieure et supérieure aux individus qui tire son existence d'un processus historique quasi naturel et indépendant des volontés individuelles ; 2. Il y aurait isomorphie entre nation, société et État ; or, en présumant de la consubstantialité de la nation, de la société et de l'État, cette posture met l'accent sur l'action des *gouvernements* et des *partis* politiques, au détriment de celle d'autres acteurs sociaux comme les citoyens ; 3. Ce discours postule un nationalisme moral selon lequel les Québécois (c'est-à-dire ceux qui satisfont à la représentation que le parti au pouvoir en donne) se sentiraient intuitivement liés à leurs compatriotes par des obligations et des devoirs plus nombreux et plus étroits que ceux qu'ils éprouvent pour les étrangers.

Dans un contexte où le régime parlementaire britannique et le système électoral favorisent une concentration des pouvoirs d'initiative législative entre les mains du parti au pouvoir, le nationalisme devient pour lui un outil idéal pour faire parler le « silence du peuple », pour reprendre l'expression de Tocqueville.

CONCLUSION

Mon objectif aujourd'hui était premièrement de mettre en lumière l'ambiguïté qui règne au Canada relativement au pouvoir constituant. L'exclusion du Québec

⁴⁶ S. JOLIN-BARRETTE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 42^e législature, *op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ J. LECLAIR, « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes », in D. KARMIS et F. ROCHER (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 209 et du même auteur, « Vers une pensée politique fédérale : la répudiation du mythe de la différence québécoise "radicale" », in A. PRATTE (dir.), *Reconquérir le Canada : un nouveau projet pour la nation québécoise*, Montréal, Éditions Voix parallèles, p. 39 ; voir également J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Canadian Federalism and Quebec's Pathological Prism », art. cité.

en 1981 de l'entente qui a mené à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a jeté sur celle-ci un voile d'illégitimité, du moins du point de vue de plusieurs Québécois. Cette malheureuse omission a nourri la mentalité obsidionale à laquelle a toujours plus ou moins carburé le nationalisme québécois. La conséquence, particulièrement avec la chute de plus en plus prononcée des appuis au projet d'indépendance, c'est la tendance des gouvernements nationalistes conservateurs à exercer le pouvoir constituant de la province de manière défensive. Cela s'est traduit par une banalisation de l'importance historiquement accordée par la tradition constitutionnelle du Québec à la protection des droits fondamentaux et par une apologie des « droits collectifs » de la nation québécoise⁴⁹. Droits collectifs qu'auparavant on opposait légitimement au reste du Canada, mais qu'on retourne aujourd'hui à l'encontre des ressortissants du Québec eux-mêmes⁵⁰. Ce faisant, ces gouvernements se trouvent à renier l'héritage libéral porté par les ténors du nationalisme émancipateur des années 1970 et 80. Jacques-Yvan Morin, ancien vice-premier ministre sous le gouvernement de René Lévesque, recommandait encore en 2006 d'abroger le mécanisme de dérogation figurant dans la *Charte québécoise* :

En effet, disait-il, le statut d'autonomie actuel du Québec autorise déjà l'Assemblée nationale, pour peu qu'elle respecte les limites de sa sphère de compétence, qui est fort étendue en matière de libertés, à se départir du pouvoir de dérogation que lui confère l'article 52 de la Charte, reflet d'une conception étriquée du principe britannique de la souveraineté parlementaire, de sorte que la supériorité de cette loi fondamentale ne souffre plus d'ambiguïté et ne soit pas à la merci d'une majorité de députés agissant de façon intempestive⁵¹.

Cet appel n'a pas été entendu. Au contraire.

Sieyès disait : « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême.⁵² » On pourrait dire au Québec : « De quelque manière que le parti majoritaire au pouvoir veuille, il suffit qu'il veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême. »

⁴⁹ Pour une analyse qui va dans le même sens, voir N. KARAZIVAN et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : The Example of Quebec's *Laïcité Act*. », art. cité.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 511: « [I]t is as if there were inalienable, pre-political, collective rights vested in the cultural majority (let us call it a form of *volkrecht*), and reversible political rights, *i.e.*, privileges, granted to minorities depending on the majority's will. »

⁵¹ J.-Y. MORIN, « Propos liminaires » (2006) *R. du B.*, n° 19, p. 21.

⁵² E. J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, Paris, Flammarion, 1988, p. 132 (chapitre v).

Jean Leclair

▮ Professeur titulaire – Faculté de droit, Université de Montréal.

Une doctrine singulière de limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle au Japon*

INTRODUCTION

Comme nous l'avons déjà remarqué dans notre article publié en 2004 consacré à la « Théorie du pouvoir constituant et limitation du pouvoir de révision au Japon¹ », il va de soi que la notion de pouvoir constituant est l'une des plus fondamentales de la théorie constitutionnelle. Elle se trouve par définition au carrefour du politique, du constitutionnalisme et de la démocratie. En Europe, avec la montée en puissance de la justice constitutionnelle et la multiplication des révisions constitutionnelles dans le contexte de l'intégration européenne, les débats autour du pouvoir constituant et du pouvoir de révision sont d'une grande actualité. Dans ce contexte, une brève présentation de la situation actuelle et des quelques caractéristiques de la doctrine de la limitation matérielle du pouvoir de révision au Japon semble pouvoir offrir un éclairage intéressant.

Sur la notion de pouvoir constituant dans le droit constitutionnel japonais, il est remarquable que deux constitutionnalistes japonais de premier plan aient présenté une théorie du pouvoir constituant respectivement pour empêcher son exercice par le peuple et pour renforcer indirectement la théorie de la limitation du pouvoir de révision. En effet, Yoichi Higuchi veut geler perpétuellement le pouvoir constituant et Yasuo Hasebe désire expulser la notion de pouvoir constituant du champ de la science juridique.

Selon l'expression de Higuchi, le pouvoir constituant doit « être perpétuellement gelé » dans la théorie constitutionnelle contemporaine. En fait, il soutient que la fonction du pouvoir constituant dans la démocratie contemporaine est essentielle pour justifier juridiquement un ordre existant, c'est-à-dire une force politique exercée au nom de « la Nation » qui serait supposée être sujet de ce pouvoir. Une réutilisation du pouvoir constituant aboutirait alors à « la négation du normatif ».

* Je remercie infiniment M. Simon Serverin (Professeur adjoint à l'Université Sophia de Tokyo) et Arnaud Le Pillouer (Professeur à l'Université Paris Nanterre) pour le peaufinage du français de mon texte.

¹ Le présent article se base partiellement sur mon article, « Théorie du pouvoir constituant et limitation du pouvoir de révision au Japon », in Séminaire franco-japonais de droit public, *Le nouveau défi de la Constitution japonaise : Les théories et pratiques pour le nouveau siècle*, Paris, LGDJ, 2004, p. 41 et s. Voir H. YAMAMOTO, « Les trois temps pour la liberté du pouvoir constituant », in A. VIALA (dir.), *La Constitution et le temps*, Paris, L'Hermès, 2003, p. 13 et s.

Il serait donc pertinent d'éviter l'usage de la notion elle-même de pouvoir constituant dans la pratique du droit².

Quant à la théorie de Hasebe, il souligne de nouveau, dans la littérature récente, que le concept de droit et celui de peuple, même comme sujet de volonté, n'existent qu'à l'intérieur de l'ordre juridique au sein de l'État constitutionnel et que le prétendu pouvoir constituant ne présuppose aucune compétence juridique préexistante et n'est donc pas une notion juridique au sens strict du terme. Il s'agit d'une méthodologie juridique strictement dualiste influencée par Hans Kelsen. En conséquence, dans sa vision positiviste, la notion de pouvoir constituant ne peut absolument pas être juridique mais seulement une notion sans juridicité – une notion qui n'existerait que dans une pseudoscience juridique. Il estime qu'il suffit que tous les problèmes jusque-là traités à travers la notion de pouvoir constituant soient examinés à travers la question de son appréciation du point de vue de la moralité politique.

Force est de constater que ces deux doctrines partagent le même sentiment de méfiance envers le peuple japonais. En effet, ils craignent qu'un dictateur militaire et/ou totalitaire prenne le pouvoir de l'État en justifiant la destruction du régime constitutionnel actuel et l'établissement d'un nouveau régime politique en invoquant l'exercice du pouvoir constituant dans une démocratie populaire contemporaine³.

I. SITUATION ACTUELLE DE LA DOCTRINE DE LIMITATION MATÉRIELLE DU POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE AU JAPON

Avant de présenter la position de la doctrinale japonaise récente sur la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle, nous présenterons son contexte historique et politique.

A. Contexte historique et politique

Avant de nous intéresser à la doctrine actuelle de la limitation matérielle du pouvoir de la révision constitutionnelle au Japon, nous voudrions présenter très brièvement l'établissement de la Constitution actuelle de 1946 et la relation entre la situation politique d'après-guerre et le problème de la révision constitutionnelle.

1 Naissance du régime constitutionnel libéral et démocratique en 1946

À la fin de la Seconde Guerre mondiale en 1945, les forces militaires américaines ont complètement détruit le Japon. Les États-Unis, la Grande-Bretagne et la Chine ont conjointement signé la Déclaration de Potsdam, exigeant la reddition inconditionnelle du Japon. Cette Déclaration constituait une sorte de plan de promotion de la démocratie pour le Japon. Tokyo l'accepta, sous réserve qu'elle ne remette pas en cause la position de l'Empereur en tant que « souverain régnant ». À l'époque, les dirigeants politiques japonais considéraient que la préservation du régime impérial et de l'identité nationale (le « *Kokutai* ») était la base indispensable de la

² Y. HIGUCHI, *Kindai rikkennshugi to gendai kokka (Le constitutionnalisme moderne et l'État contemporain)*, Tokyo, Keisōshobō, 1973.

³ Voir Y. HASEBE, *Kenpo no kyokai (Limite du droit constitutionnel)*, Tokyo, Hatorishoten, 2009.

légitimité gouvernementale et du soutien le plus important de l'ordre social et moral traditionnel dans la société japonaise.

Au début de la période d'occupation américaine, le gouvernement japonais avait pensé qu'une légère modification de la Charte impériale de l'Empire du Japon de 1889, qui établissait une monarchie constitutionnelle, répondrait aux exigences de la réforme japonaise de l'après-guerre fondée sur la Déclaration de Potsdam. Mais le Commandement suprême des forces alliées (*General Headquarters, the Supreme Commander for the Allied Powers*) (ci-après dénommé GHQ) de l'armée d'occupation américaine a ordonné au gouvernement de Tokyo de rédiger une nouvelle version de la constitution japonaise, en se basant sur un projet des membres de la section gouvernementale du GHQ.

Ainsi, le 3 novembre 1946 vit la naissance de la seconde Constitution moderne et écrite du Japon. Son article 1 dispose que l'Empereur a un statut de « symbole » et non celui de « souverain » et de « chef de l'État ». Le titre du Chapitre II de la nouvelle constitution est la « renonciation à la guerre ». La garantie des droits de l'homme est l'un des principaux objectifs de cette Constitution. Cette garantie a entraîné une libéralisation de l'ordre ancien et de la structure sociale traditionnelle. Il convient de noter que la Constitution actuelle est philosophiquement fondée sur l'idée de la théorie occidentale moderne du droit naturel. La Constitution reconnaît l'existence même d'un « principe universel de l'humanité sur lequel repose la présente Constitution » (Préambule).

Bien que la nouvelle Constitution maintienne le système monarchique traditionnel, celle-ci demeure fondamentalement libérale et démocratique. La rigidité constitutionnelle devait être un outil utile et puissant pour la libéralisation et la démocratisation de la société japonaise. Ainsi, la disposition relative à la révision constitutionnelle, conformément à l'article 96 sur la procédure de révision constitutionnelle, pose que toute modification constitutionnelle requiert l'approbation des deux tiers des membres des deux chambres de la Diète et la majorité des suffrages exprimés lors d'un référendum national obligatoire⁴. À la différence de la Constitution de l'Autriche en Europe, elle n'opère pas de distinction entre « révision totale » et « révision partielle ». Il faut remarquer que jusqu'à présent, aucune révision constitutionnelle n'a été effectuée. Dans un sens, cela démontre paradoxalement sa capacité à s'adapter aux évolutions du contexte politique et social qui l'entoure. Malgré sa rigidité, elle est parvenue à s'imposer dans la durée, pendant plus de 70 ans. De plus, cette Constitution ne comporte aucune disposition intangible, c'est-à-dire interdisant explicitement une révision relative à un objet en particulier – à la différence de l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française de 1958 qui interdit que « la forme républicaine du Gouvernement » fasse « l'objet d'une révision ». Il n'y a par ailleurs aucune autre limitation circonstancielle ou substantielle – comme le sont, en France, le dernier alinéa de l'article 7, l'article 16 et l'alinéa 4 de l'article 89.

⁴ Son article 96 dispose que « les amendements à la présente Constitution sont introduits à l'initiative de la Diète, par le vote des deux tiers au moins de tous les membres de chaque Chambre ; après quoi ils sont soumis au peuple pour ratification, pour laquelle est requis un vote affirmatif d'une majorité de tous les suffrages exprimés à ce sujet, lors d'un référendum spécial ou à l'occasion d'élections fixées par la Diète ».

2. Situation politique d'après-guerre et révision constitutionnelle⁵

Il est notable que, dans un Japon qui avait regagné son indépendance avec le Traité de San Francisco de 1952, le Premier ministre Shigeru Yoshida (au pouvoir de 1946 à 1947 et de 1948 à 1954) avait adopté une attitude hostile à l'égard de la révision de la Constitution japonaise, imposée immédiatement après le retour de la souveraineté de l'État, ce qui peut paraître contradictoire avec son positionnement politique par ailleurs très conservateur. Il estimait qu'il était politiquement plus avantageux pour le Japon de s'abstenir d'exciter ouvertement le nationalisme japonais en établissant une nouvelle constitution réactionnaire, et d'accepter une position subordonnée qui permettait de maintenir une relation amicale avec le gouvernement américain.

Cependant, les gouvernements postérieurs à Yoshida ont peu à peu revendiqué la nécessité et l'importance d'établir une nouvelle constitution autoritaire qui renforcerait le statut de l'Empereur en tant que chef d'État, qui modifierait la clause pacifiste pour autoriser le réarmement, qui renforcerait les pouvoirs de maintien de l'ordre et le contrôle du gouvernement central vis-à-vis des entités locales, qui faciliterait la procédure de révision constitutionnelle et qui donnerait à l'État des pouvoirs importants afin de limiter les libertés et droits des citoyens, notamment en mettant en avant les obligations des citoyens. Ainsi, « Abolir la Constitution imposée par les Américains durant l'occupation militaire et établir une nouvelle Constitution autonome » a été un slogan politique majeur du camp conservateur. Celui-ci a été unifié en 1955 sous le nom de Parti Libéral Démocrate (PLD).

Et pourtant, bien que le PLD soit resté au pouvoir presque continuellement de 1955 à aujourd'hui, la Constitution japonaise n'a pas encore été modifiée. Ceci est en grande partie dû aux efforts des progressistes pour empêcher la révision constitutionnelle et bloquer la réalisation des souhaits des éléments ultraconservateurs au sein du PLD. Les partis de gauche japonais, y compris le Parti socialiste japonais et le Parti communiste japonais, considéraient la constitution libérale et démocratique comme un symbole et un instrument indispensable de la démocratisation radicale de la société japonaise d'après-guerre. En contrepartie, quelques adaptations plutôt techniques (et pourtant nécessaires) des principes de la Constitution n'ont pu être réalisées. En fait, toutes les réformes institutionnelles de grande envergure sur les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire se sont faites, dans les années 1990, sans révision constitutionnelle.

Un basculement de majorité a eu lieu en 2009, le PLD perdant le pouvoir au profit du Parti Démocrate de centre gauche. Le PLD est devenu un parti d'opposition à la suite d'une défaite écrasante aux élections générales de 2009. Durant cette expérience politique exceptionnelle, le PLD, en tant que principal parti d'opposition, a publié un projet très conservateur de révision totale de l'actuelle Constitution⁶. L'objectif principal du projet était de réaffirmer les valeurs politiques fondamentales des conservateurs. Il s'agit d'un symptôme important d'« une dérive

⁵ Voir ma présentation et mes analyses sur ce sujet jusqu'au milieu des années 90 : H. YAMAMOTO, « Révision de la Constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 24, 1995, p. 823 et s.

⁶ PLD, *Shin kenpo soan (Nouveau Projet de Constitution)*, 27 avril 2012 [En ligne : https://www.jimin.jp/policy/policy_topics/pdf/seisaku-109.pdf]. Pour une analyse critique, voir K. KOMAMURA, *Washington international Law Journal*, 2017, vol. 26, n° 1, p. 75 ff. Voir ma présentation de ce projet, H. YAMAMOTO, traduit par V. PINEL LE DRET et S. SERVERIN, « Vers une dérive

autoritaire du constitutionnalisme japonais ». Nous considérons ce projet comme le résultat d'une sorte de réaction politico-socio-psychologique au développement de la mondialisation de la société japonaise. Elle répondait à un désir de mettre l'accent sur l'identité japonaise en tant que « belle » société traditionnelle en opposition à la mondialisation, et non à un souci d'incarner une proposition constitutionnelle efficace afin de changer la politique japonaise dans la pratique.

En décembre 2012, la victoire écrasante du PLD aux élections générales a fait revenir Shinzo Abe au pouvoir. Il est très connu pour être un défenseur fervent de la révision constitutionnelle. Lorsqu'il est devenu Premier ministre pour la deuxième fois, il a rapidement proposé une révision de la procédure de révision constitutionnelle prévue par l'article 96 de la Constitution japonaise, cherchant à dissimuler ainsi ses objectifs réels de révision constitutionnelle. Suite à la proposition du dernier projet du PLD d'assouplir l'exigence de révision constitutionnelle, il a voulu réduire de deux tiers à la moitié le nombre de parlementaires nécessaires dans les deux chambres afin de faciliter une révision constitutionnelle. En d'autres termes, il a essayé de faire passer la flexibilité de la volonté électorale avant la fixité de la norme constitutionnelle. Cette proposition a été faite dans le but d'envoyer un signe positif à ses partisans. Cependant, la proposition d'Abe n'a pas été retenue parce que les partis d'opposition et l'opinion publique l'ont sévèrement critiquée, arguant que cela signifierait une négation substantielle de la constitution écrite et rigide du Japon. Il a donc été contraint de retirer sa proposition. Et au lieu de changer l'article 9 de la Constitution, Abe a changé l'interprétation gouvernementale de cet article pour élargir l'étendue de l'exercice du droit de légitime défense admise dans le cadre de la Constitution actuelle, une position extrêmement controversée au Japon⁷.

En mai 2017, Shinzo Abe a dévoilé un plan concret pour réaliser la première révision de l'histoire constitutionnelle japonaise en 2020. L'objectif principal du plan était de légitimer explicitement l'existence des FAD au niveau du texte constitutionnel afin de mettre un terme au débat sur leur constitutionnalité. Sa proposition consistait à maintenir le paragraphe 2 de l'article 9 interdisant le maintien du « potentiel de guerre » et à ajouter un nouveau paragraphe qui légitimerait l'existence d'une organisation militaire sur le plan constitutionnel. Par ailleurs, Abe a présenté une autre proposition visant à rendre l'enseignement supérieur public gratuit. La proposition d'Abe sur l'article 9 a été sévèrement critiquée parce qu'elle encourage in fine la poursuite de l'expansion militaire en collaboration avec l'armée américaine, même si les deux paragraphes de l'article 9 restent inchangés. Quant à la proposition sur la gratuité de l'enseignement supérieur, bien qu'il soit crucial d'obtenir un soutien financier pour celui-ci, il est absolument inutile de recourir à une révision constitutionnelle pour rendre l'enseignement gratuit. La proposition a été critiquée comme étant une révision inutile, une simple distraction, un moyen d'empêcher les gens de prêter attention à l'effet possible d'une révision à l'article 9.

autoritaire du constitutionnalisme japonais », in *Sorbonne Student Law Review*, 2019, vol. 2, n° 1, p. 129 et s.

⁷ Sur ce problème, voir mon article, « L'interprétation de l'article pacifiste de la Constitution par le Bureau de Législation du Cabinet : Une nouvelle source du droit constitutionnel ? », in C. GUÉRIN-BARGUES et H. YAMAMOTO (dir.), *Aux sources nouvelles du droit : Regards comparés franco-japonais*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 197 et s.

B. Position de la doctrine japonaise récente sur la limitation matérielle

1. Tendance générale

Au Japon, le problème de la limitation matérielle au pouvoir de révision constitutionnelle est toujours fermement installé au cœur des débats doctrinaux. Il est très frappant de voir qu'au Japon, malgré le changement radical opéré entre les deux Lois fondamentales, c'est-à-dire la Charte Impériale de Meiji de 1889 et la Constitution actuelle, la doctrine favorable à la limitation matérielle du pouvoir de révision est toujours très majoritaire, dépassant les clivages doctrinaux, aussi bien avant qu'après la guerre. La doctrine majoritaire estime que la révision constitutionnelle ne peut porter sur n'importe quel contenu. Cependant, les raisonnements qui justifient cette position ne sont pas nécessairement identiques. Quatre types doctrinaux pour la limitation matérielle de la révision constitutionnelle se dégagent ainsi. Il est à noter d'ailleurs que la doctrine constitutionnelle majoritaire ne distingue pas théoriquement « la révision totale » de « la révision partielle » pour discuter où se trouve la limite matérielle de la révision constitutionnelle.

2. Quatre types doctrinaux pour la limitation matérielle de la révision constitutionnelle

Suivant la catégorisation minutieuse et pertinente présentée par Masahiro Akasaka⁸ sur ce sujet, nous allons catégoriser la doctrine de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle suivant quatre types : la « doctrine du pouvoir constituant » (a), la « doctrine des principes fondamentaux » (b), la « doctrine du droit naturel » (c) et la « doctrine de la norme d'habilitation » (d). Comme la Constitution n'a pas d'article interdisant explicitement l'objet de la révision, les doctrines japonaises que nous verrons ci-dessous peuvent être qualifiées de limitation *implicite* de la révision constitutionnelle.

a. La « doctrine du pouvoir constituant »

À la base théorique de la « doctrine du pouvoir constituant » se trouve la théorie constitutionnelle présentée par le fameux constitutionnaliste allemand, Carl Schmitt. Schmitt a affirmé, sous la Constitution de Weimar, que

les limites du pouvoir de révision constitutionnelle découlent de la notion bien comprise de révision constitutionnelle. Un pouvoir de « réviser la constitution » attribué par une normation des lois constitutionnelles signifie qu'une ou plusieurs dispositions légiconstitutionnelles peuvent être remplacées par d'autres, mais seulement à la condition que l'identité et la continuité de la Constitution dans son ensemble soient préservées. Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc que le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications, additions, compléments, suppressions, etc., mais pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution, et pas davantage le pouvoir de modifier le fondement de sa propre compétence de révision constitutionnelle, de l'élargir ou de le remplacer par un autre...⁹

⁸ M. AKASAKA, *Seiki tenkanki no Kenpo ron (Doctrine constitutionnelle de la période transitoire d'un siècle à un autre)*, Tokyo, Shinzansha, 2015.

⁹ C. SCHMITT (traduit par L. DEROCHE), *Théorie de la Constitution*, 1993, Paris, PUF, p. 241-242 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, S. 103).

Il distingue nettement la constitution (*Verfassung*) proprement dite engendrée par la détermination de l'existence politique de l'État comme unité politique du peuple et d'autre part la loi constitutionnelle, tout simplement techniquement constitutionnelle (*Verfassungsgesetz*).

Sous cette influence schmittienne, la doctrine du pouvoir constituant considère que, du point de vue de la logique juridique, le pouvoir de révision ne peut pas remplacer le Souverain qui est défini dans la Constitution. En effet, le pouvoir de révision, par sa nature, n'est pas capable de toucher le détenteur de la souveraineté du pouvoir étatique, ce qui constitue sans aucun doute l'identité la plus fondamentale de chaque constitution (Kazushi Kojima, Shigenori Matsui). Pour cette doctrine, bien que seul le pouvoir constituant puisse changer au moins théoriquement le détenteur de la souveraineté, les autres dispositions du code constitutionnel japonais sont révisables dans le cadre d'une révision constitutionnelle. Concrètement, l'article premier de la Constitution japonaise dispose que « [l]'Empereur est le symbole de l'État et de l'unité du peuple ; il doit ses fonctions à la volonté du peuple, en qui réside le pouvoir souverain », et ce serait le seul principe contre lequel une révision ne pourrait revenir afin de refaire de l'État japonais une monarchie constitutionnelle.

b. La « doctrine des principes fondamentaux »

Bien que cette doctrine partage une base théorique sur la hiérarchie des normes constitutionnelles avec « la doctrine du pouvoir constituant », elle s'en distingue en ce qu'elle tend à interpréter plus largement l'identité de la Constitution actuelle. En fait, les doctrines que nous analysons varient essentiellement dans ce qu'elles considèrent être la Loi fondamentale japonaise.

Cette doctrine affirme que le principe de la souveraineté du peuple et le respect de la garantie des droits fondamentaux constituent l'identité de la Constitution (Toshiyoshi Miyazawa). L'article 11 utilise ainsi l'expression des « droits éternels », tandis que l'article 97 consacre des droits fondamentaux dont on doit « garantir à jamais l'inviolabilité ». Une partie des auteurs souligne qu'une telle expression suggère implicitement l'existence d'une limite à la révision constitutionnelle sur la protection des droits, ce qui interdirait sa suppression.

Une autre partie des défenseurs de cette doctrine, d'ailleurs majoritaire, pense que l'identité de la Constitution repose sur trois principes : la souveraineté du peuple, le respect de la garantie des droits fondamentaux de l'homme et le pacifisme (Masami Ito, Naoki Kobayashi, Yasuo Sugihara). Cette doctrine se divise encore selon la conception concrète qu'elle se fait du pacifisme japonais. D'aucuns considèrent que c'est l'assimilation de la guerre à un acte illégal et la proscription du recours à la force qui sont stipulés dans l'alinéa 1 de l'article 9 de la Constitution, selon les principes établis par le pacte Briand-Kellogg, ou pacte de Paris de 1928 (Naoki Kobayashi, Miyoko Tsujimura). D'autres estiment que ce n'est pas le principe du pacifisme en tant que tel, mais plutôt l'interdiction de se doter d'un potentiel de guerre, énoncée radicalement à l'alinéa 2 de l'article 9, qui constitue plus précisément l'identité de la constitution actuelle (Isao Sato, Yoshiaki Yoshida).

Un troisième sous-groupe ajoute à ces trois principes constitutionnels l'article 96 qui traite de la procédure de révision constitutionnelle, ou du moins son caractère exceptionnel dans la Constitution, c'est-à-dire le référendum national obligatoire pour toute proposition de la révision constitutionnelle par la Diète après deux-tiers de vote de chaque Chambre. Elle affirme que sa suppression dépasserait la limite matérielle de la révision constitutionnelle (Masami Ito, Naoki Kobayashi).

c. La « doctrine du droit naturel »

Cette doctrine s'inscrit dans la tendance du droit naturel contemporain (Nobuyoshi Ashibe). Elle admet sans réserve l'existence du droit naturel sous-jacent et concomitant à l'ordre juridique positif sous lequel nous vivons réellement. Elle considère qu'un pouvoir constituant digne de ce nom est limité par une sorte de valeur universelle fondamentale dérivée de « l'idéal du constitutionnalisme moderne ». Celle-ci est constituée par le principe juridique du respect de la personne humaine. Évidemment, cette façon de penser a été fortement influencée par la renaissance du droit naturel en Allemagne comme réaction à la période nazie. De ce fait, le pouvoir de révision doit être subordonné en tant que pouvoir constituant institué par la volonté du pouvoir constituant originaire. Une conséquence en est qu'il serait juridiquement impossible, dans une Constitution qui définit le peuple comme souverain, d'opérer une révision qui le prive de ce statut.

d. La « doctrine de la norme d'habilitation »

Cette doctrine considère que la disposition sur la procédure de révision constitutionnelle, c'est-à-dire l'article 96, constitue également l'une des limites indispensables pour sauvegarder le principe du constitutionnalisme : en effet, cette disposition a été introduite directement par le pouvoir constituant lors de l'édiction de la Constitution pour permettre très exceptionnellement de provoquer un changement explicite de la norme constitutionnelle. En conséquence, cette théorie établit la hiérarchie des normes au sein de la constitution comme suit : premièrement, les principes fondamentaux ; deuxièmement, la disposition concernant la révision constitutionnelle et troisièmement, les dispositions constitutionnelles ordinaires. Elle insiste ainsi sur l'impossibilité de supprimer le référendum obligatoire national lors de la révision (Shiro Kiyomiya). Tout en partageant cette conclusion, une autre version de cette doctrine invoque plutôt la théorie d'Alf Ross pour démontrer l'impossibilité logique de la révision de l'article 96 par ce même article (Yasuo Hasebe).

3. La doctrine de la non-limitation du pouvoir de révision

En revanche, il existe très peu de constitutionnalistes japonais qui soutiennent la thèse de la non-limitation du pouvoir de révision. L'un de ses défenseurs affirme qu'il est illogique de poser une limite à un droit qui change tous les jours selon les besoins sociaux (Yoshio Oishi). Un autre auteur souligne que l'exigence du référendum obligatoire national pour n'importe quelle révision nous conduit à identifier la révision constitutionnelle et l'établissement d'une nouvelle constitution, la première étant alors regardée comme l'exercice du pouvoir *constituant* dérivé ou institué (Tatsuro Kudo). Kudo considère que la procédure de révision constitutionnelle n'est pas une institution ayant pour fin d'établir un pouvoir de révision, mais plutôt de faire exercer par le peuple le pouvoir constituant sous la forme du pouvoir de révision. Ainsi, il faudrait traiter un référendum de révision comme un référendum national constituant.

C. Effet pratique de la limitation du pouvoir de révision

La doctrine constitutionnelle japonaise qui défend (même énergiquement) la thèse de limitations au pouvoir de révision estime néanmoins que ses conséquences pratiques sont elles-mêmes limitées : sans doute a-t-elle pour seule fonction, du point de vue de la théorie constitutionnelle, « d'alerter » le peuple, de l'éclairer avant son vote au référendum national sur ce fait. Cela contraste avec la tendance générale que l'on peut observer du point de vue du droit comparé globalisé, où

l'attention se porte plutôt sur le contrôle juridictionnel du pouvoir de révision. D'une manière générale, cette doctrine japonaise ne considère pas que c'est une question purement et simplement académique. La thèse des limites au pouvoir de révision permet aux constitutionnalistes, instruits de la situation constitutionnelle, d'alerter le peuple japonais sur le fait qu'une révision risquerait de détruire l'identité constitutionnelle japonaise et d'ouvrir à une révolution juridique. En effet, d'un côté, il est considéré que le rôle de contrôle de constitutionnalité des lois de type américain (*judicial review*) confié au pouvoir judiciaire par la Constitution japonaise consiste à juger la conformité des normes et actes *infraconstitutionnels* de l'État (y compris de la loi parlementaire) au texte constitutionnel. En conséquence, contrairement aux justices constitutionnelles allemande, italienne, indienne et colombienne entre autres, au Japon, il n'est pas imaginable que les juges examinent la conformité de la révision constitutionnelle à la Constitution, plus exactement à la « structure fondamentale » de la Constitution ou à son « identité ». D'ailleurs, peu de constitutionnalistes proposent l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la révision pour remettre en cause, par voie juridictionnelle, une révision constitutionnelle.

Du reste, en pratique, les juges japonais, y compris ceux de la Cour Suprême, tendent à éviter de traiter les litiges constitutionnels qu'ils estiment être de nature hautement politique au nom de la théorie des « actes de gouvernement », sous une certaine influence de la jurisprudence administrative française, ainsi que sous celle de la théorie des « *political question* » de la Cour Suprême américaine. En effet, cette dernière s'était déclarée incompétente pour juger la révision constitutionnelle en 1939 dans la décision *Coleman v. Miller*¹⁰. C'est là l'une des expressions de la position très « passive » du pouvoir judiciaire japonais pour exercer son pouvoir d'examen de la constitutionnalité des lois. En conséquence, si le peuple donnait son accord à un projet de révision constitutionnelle considéré comme dépassant les limites matérielles ou même procédurales identifiées par la doctrine, le jour de ce référendum constitutionnel favorable à une telle révision proposée par la Diète serait interprété comme celui de l'édiction d'une nouvelle constitution, suscitée par une révolution juridique qui aurait rompu la continuité légale avec le régime constitutionnel précédent.

Voyons plus avant la nature des débats sur la limitation matérielle de la révision constitutionnelle.

II. ANALYSE DES DÉBATS DOCTRINAUX SUR LA LIMITATION MATÉRIELLE DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Avant de situer la doctrine japonaise dans les études sur le droit constitutionnel comparé globalisé, nous réfléchissons au contexte historique propre à ce pays.

¹⁰ *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

A. Contexte historique japonais de la doctrine de la limitation matérielle

1. Introduction

Comme nous l'avons déjà remarqué, le problème de la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnel est toujours fermement installé au cœur des débats doctrinaux. Au Japon, malgré le changement radical entre les deux Lois fondamentales, la doctrine favorable à la limitation matérielle du pouvoir de révision est toujours très majoritaire, dépassant les clivages doctrinaux, aussi bien avant qu'après la guerre. La doctrine majoritaire estime que la révision constitutionnelle n'est pas susceptible de porter sur n'importe quel contenu. Cela est d'autant plus impressionnant qu'au-delà des différences méthodologiques de chaque constitutionnaliste, son écrasante majorité a abouti aux mêmes conclusions, c'est-à-dire que la Constitution était l'« incarnation des valeurs fondamentales ». Cette façon de penser dans le droit constitutionnel japonais mérite une observation. Pour cela il faut analyser le contexte historique de la doctrine de la limitation matérielle.

2. Notion de « *Kokutai* » et interprétation officielle de la Charte Impériale de Meiji

La valeur fondamentale de la Charte impériale de Meiji était considérée comme constituant le « *Kokutai*¹¹ » du Japon. Cette notion-clé mystérieuse, autoritaire, ethnocentrique et inégalitaire pour la société japonaise depuis la Restauration de Meiji jusqu'à la fin de la guerre a pavé la voie pour opprimer les libertés et les droits des sujets japonais et faire basculer le pays dans le totalitarisme jusqu'en 1945. Cette formule avait pour fonction de renforcer l'ordre social traditionnel. La Constitution de 1946 est devenue la totale négation de cette valeur foncièrement monarchique, au profit du respect des individus. La nouvelle Loi fondamentale a eu pour objectif d'émanciper les Japonais qui avaient été liés à l'ordre social traditionnel, mais modernisé sous le gouvernement de Meiji pour la domination autoritaire et militaire, autrefois défendu au nom du « *Kokutai* ».

La doctrine constitutionnelle dominante sur la limitation matérielle de la révision constitutionnelle sous la Charte Impériale a été définitivement influencée par le premier livre exégétique de la Charte de Meiji – un commentaire quasi-officiel signé par le Premier ministre (*Kenpō Gikai*, Kokkagakkai, 1889). Il y indique que « le droit n'est utile que quand il répond aux besoins sociaux. Par conséquent, bien que les grandes caractéristiques (« *Kokutai* ») de l'Empire ne puissent pas être modifiées dans leur éternité, il est naturellement nécessaire de changer les principes des institutions politiques en vigueur en prenant en considération l'évolution des situations ». Il s'agit d'une sorte de « doctrine du pouvoir constituant ».

¹¹ La traduction littérale de ce mot « *Kokutai* » est « corps » ou « essence » (*tai*) accolé à « pays » (*koku*). Le credo de *Kokutai* se compose de trois éléments principaux : d'abord, c'est « la pensée du pays divin », c'est-à-dire le principe politique selon lequel les dieux ont créé l'archipel japonais, qu'il est gouverné par les descendants des dieux et est supérieur aux autres pays. Deuxièmement, c'est « le culte de l'Empereur », qui est un principe de légitimité politique intérieure, que l'Empire du Japon est gouverné par les descendants directs des Empereurs et que les Empereurs originaux sont des dieux vivants. Troisièmement, il y a « l'esprit japonais ». Selon cette idée, les sujets japonais ont le devoir honorable de sacrifier leur vie au profit de l'Empereur. Voir R. NAGAO, « Nihon Kokka shisoshi Kenkyū (Études sur l'histoire des idées de l'État au Japon) », Tokyo, Sobunsha, 1983.

De la sorte, au-delà des différences de méthodologie et de couleur politique, soit libérale (Tatsukichi Minobe¹² et Toshiyoshi Miyazawa) soit autoritaire (Yatsuka Hozumi¹³), la doctrine majoritaire constitutionnelle s'est accordée à dire qu'il existe une limitation matérielle implicite au pouvoir de révision. Elle a avancé une théorie de la limitation du pouvoir de révision. En conséquence, pour les constitutionnalistes japonais, les éléments formels ne sont pas capables, seuls, de nous renseigner sur la nature juridique de la constitution. Cette conception de la constitution comme sommet de la hiérarchie des normes, et non comme simple assemblage de lois constitutionnelles parfois disparates concernant la forme de l'État, s'est durablement enracinée au Japon et ce, dès le début de l'établissement du droit constitutionnel en tant que science académique – jusqu'à aujourd'hui. Il est considéré que cette ligne de pensée n'est pas sans lien avec un certain sentiment nationaliste qui aurait pris forme avec l'établissement de la Constitution. Dans le cas de la Charte de Meiji, cela est tout-à-fait manifeste.

3. *Le changement du Souverain en 1945 et la « doctrine de la Révolution d'août »*

Il faut remarquer que la doctrine de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle a joué un rôle *politique* crucial *ex post facto* pour justifier *juridiquement* le nouveau régime constitutionnel après la guerre, et fixer le soubassement de légitimité de la constitution de 1946. Du point de vue purement formel, la continuité semble s'imposer, puisque la Constitution de 1946 a été établie comme constitution révisée de la Charte de Meiji de par l'observation formelle de toute la procédure de révision définie par l'article 73 de cette dernière. Aucun problème de forme ne peut à cet égard être relevé. C'est pour cela que le « Rescrit » de la Constitution du Japon, placé devant le Préambule déclare :

L'Empereur se réjouissant profondément que la base de la construction du Nouveau Japon soit fondée sur la volonté générale de la nation japonaise, autorise la révision de la Constitution de l'Empire du Japon après consultation du Conseil Privé de l'Empereur et adoption par le Parlement impérial selon l'article 73 de la Constitution. Ainsi, l'Empereur la promulgue.

La question qui se pose naturellement est celle de savoir si on peut établir juridiquement une constitution déclarant la souveraineté du peuple en révisant une constitution qui est basée sur la souveraineté de l'Empereur. La doctrine de la Révolution d'août présentée par Toshiyoshi Miyazawa a répondu que l'acceptation de la Déclaration de Potsdam le 15 août 1945 a rendu de facto le peuple japonais souverain du Japon et que la validité de la Charte a été maintenue à la condition que ses dispositions ne soient pas contraires à cette Déclaration¹⁴.

¹² Voir F. O. MILLER, *Minobe Tatsukichi: interpreter of constitutionalism in Japan*, Berkeley, University of California Press, 1965.

¹³ Voir R. H. MINEAR, *Japanese tradition and western law: Emperor, state, and law in the thought of Hozumi Yatsuka*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.

¹⁴ Voir S. SERVERIN, « La légitimité de la Constitution dans la doctrine constitutionnelle japonaise », in *Droit et cultures*, n° 58, 2009, p. 179 et s. ; du même, « La Constitution japonaise est-elle fondée sur une légitimité charismatique ? », in *Revue du Droit Public*, 2014, n° 5, p. 1311 et s. Il analyse cette doctrine comme suit : « La téléologie qui naît de cette mise-en-intrigue est double. Le but premier est la rationalisation du droit japonais et la démocratisation du Japon. La

Contrairement à ce qu'a postulé la critique qui en a été faite par la doctrine dite de la « souveraineté de *Nomos* » (Tomoo Otaka) dont le but était bien de relativiser théoriquement la différence des principes constitutionnels entre les deux Constitutions de 1889 et de 1946, la doctrine de Miyazawa a eu pour fonction de renforcer le contraste entre les deux lois fondamentales pour souligner la nature libérale et démocratique du nouveau régime politique. En effet, selon la doctrine de la « souveraineté de *Nomos* » la souveraineté n'appartient pas à une personne en particulier, n'étant qu'une idée abstraite extrêmement vague (le « bien-être de la nation », la « justice dans la communauté internationale », l'« ordre et l'équité », les « principes fondamentaux du droit », etc.). D'ailleurs, la classe politique majoritairement conservatrice et les gens du peuple n'ont pas semblé être très sensibles à cette rupture structurelle politico-juridique dans la société réelle. En fait, la plupart des politiciens, à l'exception des communistes, étaient assez opportunistes et ont adhéré aux changements sous l'occupation de l'armée américaine, sentant plutôt que la vie quotidienne continuait sans grand changement avant et après-guerre, malgré l'établissement de la nouvelle Constitution.

Pour monter ce scénario juridico-politique très dynamique de la « Révolution d'août », affirmer l'existence de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle était nécessaire, car sans cette doctrine, aucune invocation du pouvoir constituant originaire du peuple n'aurait évidemment été possible. En effet, la doctrine de Miyazawa a pu expliquer que c'est le pouvoir constituant exercé le 15 août 1945 qui a mis au monde une nouvelle Constitution complètement différente de la précédente. Bien sûr, cette doctrine a naturellement amené la question de savoir si une nouvelle constitution peut être instituée par le pouvoir constituant originaire sous une occupation militaire. Il s'agit d'une « constitution imposée » au moins pour le gouvernement de Tokyo de l'époque. Surtout, un acte de droit international comme l'acceptation de la Déclaration de Potsdam est-il juridiquement qualifié à modifier le détenteur de la souveraineté en droit constitutionnel ? Pour justifier cette doctrine assez acrobatique, il faudrait probablement défendre un monisme en droit international beaucoup plus radical que celui envisagé par Kelsen, ainsi qu'une notion du pouvoir constituant schmittienne. Malgré tout, cette doctrine a été une grande réussite constitutionnelle pour légitimer juridiquement le régime constitutionnel d'après-guerre.

4. La « norme fondamentale » de la Constitution et le droit constitutionnel comme science juridique

D'un côté, la notion de hiérarchie des normes au sein de la Constitution partagée par la doctrine constitutionnelle majoritaire japonaise était politiquement importante pour enraciner les principes fondamentaux de la Constitution dans la société japonaise qui a « reçu » la Constitution d'*en haut* par l'armée d'occupation américaine. De l'autre, cette notion était utile pour interpréter la Constitution de 1946, c'est-à-dire pour donner une réponse convaincante aux questions constitutionnelles. D'ailleurs, à cause de l'introduction du système de contrôle de la constitutionnalité des lois en 1946, donner une réponse constitutionnelle aux praticiens du droit (juge et avocat) lors de l'application de la Constitution au cas par cas est

démocratisation était à l'époque une problématique concrète, dans un Japon où les forces conservatrices étaient encore très influentes. Or pour Miyazawa, démocratisation et rationalisation vont de pair. », p. 1324.

devenu une des missions indispensables de la doctrine constitutionnelle. Il faut remarquer que son rôle était plutôt celui d'idéologue pour réaliser des idéaux libéraux et démocratiques, davantage que celui de théoricien du droit.

La doctrine de « la norme fondamentale » de Shiro Kiyomiya a parfaitement assumé ce rôle. Sous une forte influence de Hans Kelsen, il a présenté sa propre théorie de « la norme fondamentale ». Il faut bien voir que malgré la similitude terminologique, sa nature est complètement différente de celle de Kelsen. Pour Kelsen, la norme fondamentale, absolument nécessaire pour la pensée positiviste juridique, n'est néanmoins qu'une norme supposée et non une norme posée. C'est ainsi une norme constituant une hypothèse logico-transcendantale, fondant la validité d'un ordre juridique étatique. Au contraire, Kiyomiya présente la norme fondamentale comme suit :

La norme fondamentale est la norme juridique établie positivement par l'acte de volonté historique. Elle fonde et limite l'acte constituant par le constituant. C'est la constitution dans la constitution ainsi que la base de la constitution. Une formalité juridique spécifique ne lui étant pas donnée, la norme fondamentale se situe dans la constitution, en en faisant sa partie. De la sorte, il existe au sein de la constitution deux niveaux de normes, à savoir la norme fondamentale et les autres dispositions constitutionnelles, ce qui crée une hiérarchie juridique en son sein. Celle-ci est fondée ainsi que régulée par celle-là.

Quant à la disposition sur la révision constitutionnelle, elle a pour fonction spécifique de prévoir le mécanisme pour changer une norme constitutionnelle, bien qu'elle ne soit par nature qu'un des pouvoirs constitués. Ce qui fait en sorte qu'au sein de la constitution, il y a trois niveaux de normes, c'est-à-dire la norme fondamentale, la disposition sur la révision et les autres dispositions constitutionnelles. Ainsi, seul le pouvoir constituant peut changer les grands principes sur la révision de la constitution. Donc, juridiquement, le pouvoir de révision ne peut pas le faire¹⁵.

En effet, la valeur fondamentale de la Charte impériale de Meiji était considérée comme le « *Kokutai* ». La « norme fondamentale » chez Kiyomiya découle de sa propre compréhension du « *Kokutai* ». Avec l'introduction de la Constitution de 1946, elle est devenue la totale négation de cette valeur monarchique, au profit du respect des individus. La nouvelle Loi fondamentale a eu pour objectif d'émanciper les Japonais. Ainsi, malgré le changement d'ordre constitutionnel, cette façon de concevoir certaines « valeurs fondamentales » comme le cœur de la Constitution est restée identique. Kiyomiya a ainsi pu présenter sans aucune contradiction interne une théorie identique de la révision constitutionnelle limitée par la notion de norme fondamentale.

Nous pensons que le modèle de la doctrine constitutionnelle majoritaire d'après-guerre jusqu'à aujourd'hui a été déterminé par la doctrine de la « norme fondamentale » de Kiyomiya et celle de la « Révolution d'août » de Miyazawa¹⁶.

¹⁵ *Kenpô kaisei sayô : La fonction de la révision constitutionnelle*, 1938. Voir K TAKAMI, « Nihon-kokukenpô no kihonkôzô no kyûmê (Essai d'éclaircissement de la structure fondamentale de la Constitution du Japon) », in *Jurisuto*, n° 964, 1990.

¹⁶ S. Serverin décrit le rôle politique et social des constitutionnalistes japonais dans la société japonaise comme « spécialiste-intellectuel » propre au constitutionnalisme japonais. Selon lui, ces doubles fonctions correspondent aux doubles dimensions de la Constitution japonaise de 1946, c'est-à-dire « constitution signifiée » et « constitution signifiante ». S. SERVERIN, « La Constitution japonaise est-elle fondée sur une légitimité charismatique ? », art. cité, p. 1330, 1336.

Justement, c'est pour cela que la doctrine de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle constitue un des piliers de la structure doctrinale du droit constitutionnel japonais comme science juridique avec les deux autres éléments constitutifs, c'est-à-dire le pouvoir constituant originaire en tant que fait extra-juridique, ainsi que la hiérarchie des normes au sein de la Constitution. Une bonne illustration en est que le manuel constitutionnel écrit conjointement par les deux constitutionnalistes¹⁷ est le plus lu sous la Constitution actuelle. Leurs doctrines font contraste avec la doctrine majoritaire du droit constitutionnel français jusqu'ici et la jurisprudence du Conseil constitutionnel français¹⁸.

B. La doctrine japonaise et le droit constitutionnel comparé globalisé

Il faut bien voir que les notions fondamentales du droit constitutionnel, celles de constitution, de pouvoir constituant et de pouvoir de révision varient en fonction du contexte historique et du développement politique et social de chaque pays. Les études comparatistes nous en ont apporté la preuve, en montrant combien les perspectives pouvaient être extrêmement différentes ou relativement proches selon les pays. D'ailleurs, la doctrine constitutionnelle japonaise a toujours souhaité un État constitutionnel « réalisé » par la justice constitutionnelle. Notamment dans les années 80 et 90, les études sur le droit du contentieux constitutionnel se sont multipliées, sous l'influence des États-Unis. Cependant, la base doctrinale majoritaire du droit constitutionnel japonais reste toujours la même structure construite par les doctrines de la « Révolution d'août » de Miyazawa et de la « norme fondamentale » de Kiyomiya.

En s'inspirant de la « *Basic Structure Doctrine* » élaborée par la Cour Suprême indienne, Yaniv Roznai¹⁹ propose de développer la doctrine de la « limitation du pouvoir de révision (*amendment power*) » se basant sur des études comparatives très approfondies sur ce sujet. En effet, la Cour Suprême indienne a déclaré que :

Étant donné que la Constitution a conféré au Parlement un pouvoir limité de révision, le Parlement ne peut étendre ce pouvoir en un pouvoir absolu en vertu de l'exercice de ce pouvoir limité... Le Parlement ne peut étendre son pouvoir de révision de manière à s'acquérir le droit de révoquer ou d'abroger la Constitution ou de détruire ses caractéristiques fondamentales et essentielles en vertu de l'article 368. Le récipiendaire d'un pouvoir limité ne peut pas convertir le pouvoir limité en un pouvoir illimité par l'exercice de ce pouvoir²⁰.

Son raisonnement est suivant :

Si, par un amendement constitutionnel, le Parlement se voyait accorder un pouvoir d'amendement illimité, il cesserait d'être une autorité en vertu de la Consti-

¹⁷ S. KIYOMIYA, *Droit constitutionnel I*, Tokyo, Yuhikaku, 1957, 1971, 1979 ; T. MIYAZAWA, *Droit constitutionnel II*, Tokyo, Yuhikaku, 1959, 1974.

¹⁸ Voir Décision du CC 92-312 (2 septembre 1992) et Décision du CC 2003-469 (26 mars 2003).

¹⁹ Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendment*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Voir *Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution : un nouveau regard*, in *Jus Politicum*, n° 18 [En ligne : <http://juspoliticum.com/numero/Cours-constitutionnelles-et-revisions-de-la-Constitution-71.html>].

²⁰ 32 AIR 1980 SC 1789, 1798, cité par Y. Roznai : Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendment*, *op. cit.*, p. 46.

tution, mais deviendrait suprême sur lui, car il aurait le pouvoir de modifier l'ensemble de la Constitution, y compris sa structure de base et même d'y mettre fin en changeant totalement son identité²¹.

À partir de ce concept du pouvoir de révision appuyé sur la « théorie de délégation (*theory of delegation*) », il soutient l'existence d'une limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle à la manière convaincante et familière au droit constitutionnel japonais ainsi qu'acceptable pour lui. Il existe une grande similarité théorique entre Roznai et Kiyomiya.

D'ailleurs, Roznai essaie de déterminer des standards pour contrôler juridictionnellement le pouvoir de révision, avec l'idée d'un spectre qui varierait l'intensité du contrôle de la constitutionnalité de la révision constitutionnelle selon les mécanismes concrets de la révision constitutionnelle. En fait, « l'intensité du contrôle judiciaire des amendements constitutionnels doit être liée au processus d'amendement²² ». Cette perspective a fait défaut jusqu'ici chez les constitutionnalistes japonais contemporains. Sa position sur les révisions constitutionnelles reposant sur un référendum comme au Japon est la suivante :

Qu'en est-il des pouvoirs de révision populaires, qui utilisent des mécanismes inclusifs, participatifs et délibératifs qui visent à imiter la réémergence du pouvoir constituant principal ? Ces procédures jouissent d'un haut degré de légitimité démocratique et minimisent les risques d'abus. C'est ici que nous devons suivre la notion de Barshack selon laquelle « plus l'exercice de la souveraineté est complet, moins cette action souveraine est justiciable », et appliquer le niveau de contrôle le plus bas, *le standard fondamental d'abandon*. Selon ce standard, seuls une violation extraordinaire de principes non modifiables, ou un changement constitutionnel qui les « abandonne fondamentalement », permettraient l'annulation juridictionnelle de la révision constitutionnelle.

Selon cette idée, un organe de la justice constitutionnelle japonaise devrait juger la constitutionnalité d'une révision constitutionnelle en suivant *le standard fondamental d'abandon*, puisque cette révision serait légitimée par le référendum. Cette position nous paraît très convaincante.

CONCLUSION

L'étude de Roznai indique clairement que la tendance générale de la doctrine constitutionnelle majoritaire japonaise est conforme au courant globalisé actuel de la doctrine de la limitation matérielle du pouvoir de révision. Au Japon, comme nous l'avons vu, cette doctrine date de l'établissement du droit constitutionnel nippon sous la Charte Impériale de Meiji. Ainsi, l'avenir du constitutionnalisme japonais par rapport au constitutionnalisme globalisé dépend de la capacité de la structure fondamentale constitutionnelle à être assurée juridiquement et efficacement par un pouvoir juridictionnel, que ce soit par la Cour suprême actuelle ou une éventuelle Cour constitutionnelle à établir.

D'ailleurs, dans la situation actuelle d'un droit constitutionnel comparé fortement globalisé, on assiste au développement remarquable des études sur le pouvoir constituant originaire sous de nouvelles perspectives juridiques afin de rechercher des standards mondiaux relatifs au pouvoir constituant. Il est devenu inévitable,

²¹ 32 AIR 1980 SC 1824, cité par Y. Roznai in *ibid*.

²² *Ibid*, p. 219 et s.

dans un monde globalisé proposant des expériences constitutionnelles nouvelles, de porter sur le pouvoir constituant et les processus constituants un regard croisé qui associe les dynamiques du droit constitutionnel et du droit international²³. Il me semble possible, à partir d'une telle approche, d'ouvrir de nouvelles perspectives pour la doctrine du pouvoir constituant originaire. Cependant, cela nécessite forcément un autre article pour approfondir cette réflexion académique.

Hajime Yamamoto

Professeur à l'Université Keio de Tokyo.
Senior Villey Fellow.

²³ Voir A. ARATO, *Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016 ; du même, *The adventures of the constituent power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendment*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Voir *Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution : un nouveau regard*, in *Jus Politicum*, *op. cit.*

Recensions

M. ALBERTONE et M. TROPER (dir.),
La Représentation politique. Anthologie
(Paris, Classiques Garnier, 2011)

Peu de concepts du droit politique semblent aussi saturés de significations et d'expériences diverses, voire contradictoires, que le concept de représentation. Que l'on y voie un mécanisme de délégation importé du droit privé ou un procédé propre au droit public tendant à figurer l'unité du corps politique ; qu'on la définisse comme une simple interface entre l'État et la société ou comme une forme de gouvernement à part entière ; qu'on l'identifie à l'élection ou au fait d'être constitutionnellement habilité à « vouloir pour la nation » ; qu'on l'oppose à l'idéal démocratique ou qu'on s'efforce au contraire de l'y associer sous la forme hybride d'une « démocratie représentative »... tout semble avoir déjà été dit et écrit à propos d'un objet d'étude dont plusieurs générations d'auteurs paraissent avoir épuisé la substance.

Dès lors, est-il encore possible de porter un regard neuf sur un sujet à ce point rebattu et éculé ? Face au diagnostic contemporain – aussi nébuleux que lancinant – d'une « crise » de la représentation politique, où puiser les ressources intellectuelles nécessaires pour renouveler les termes du débat académique et lui permettre d'en identifier les causes aussi bien que les remèdes ? Sans doute est-ce devenu un lieu commun que de dire qu'il faut rechercher dans les expériences du passé de quoi éclairer les problématiques du présent. Ce recours à l'histoire – et plus particulièrement à l'histoire intellectuelle – n'en demeure pas moins nécessaire, et s'avère même salutaire s'agissant d'un concept dont les significations successives se sont amalgamées et sédimentées au fil du temps, au point qu'il devient impossible, sans un retour au contexte, d'en identifier les différentes strates. Telle est la vocation des textes et commentaires réunis par Manuela Albertone et Michel Troper sous la forme d'une anthologie de la représentation politique.

S'il est motivé par « la crise actuelle de la représentation et des institutions de la démocratie représentative » (p. 7), le projet dont est issu cet ouvrage collectif récuse toute prétention normative ou pratique. Son objet n'est pas de prescrire des remèdes au déficit de légitimité que subissent les gouvernements représentatifs contemporains, pas plus que d'entrer dans le détail des techniques de représentation (modes de scrutin, méthodes de délibération, mécanismes d'association des citoyens à la prise de décision...). L'ambition de ce travail, coordonné par une historienne de la pensée politique et un théoricien du droit, est purement conceptuelle : il s'agit « de rechercher dans les mots et les discours des outils pertinents pour l'analyse », grâce à la redécouverte et à la recontextualisation de certains textes et auteurs historiques ayant pesé dans l'élaboration intellectuelle de la représentation politique et de la pluralité de ses significations.

Partant, le lecteur qui s'attendrait, en ouvrant ce volume, à y trouver le développement d'une théorie de la représentation, ou à tout le moins une synthèse des différentes théories émises à son propos, risque fort d'être déçu. À rebours de tout essentialisme conceptuel, son objet consiste au contraire, dans une perspective à la fois diachronique et comparatiste, à « présenter les différents discours sur la représentation qui, au fil des siècles et de la géographie permettent une contextualisation linguistique du terme ». Autrement dit, il s'agit moins de dire ce qu'est ou en quoi consiste la représentation que de recenser, en les recontextualisant, les différents sens et les différentes fonctions argumentatives, juridiques et politiques qu'elle a pu revêtir au gré des époques et des espaces culturels. D'où ce choix si particulier, non d'une nouvelle monographie sur le sujet, mais bien d'une anthologie.

Pour n'être pas inédit dans l'ordre des travaux académiques, le genre littéraire de l'anthologie n'en est pas pour autant anodin. Ce choix dénote, en l'occurrence, le souci méthodologique des auteurs de privilégier une approche tout à la fois historique et interdisciplinaire de leur objet d'étude. Une approche historique, d'une part, consistant à donner toute leur place aux textes sélectionnés afin de suivre le cheminement intellectuel de l'idée de représentation au gré des controverses politiques et juridiques qui ont suscité son emploi dans un contexte donné. Une approche pluridisciplinaire ensuite (et non simplement interdisciplinaire, l'introduction y insiste), consistant à confier la réalisation des chapitres thématiques et le commentaire des textes qu'ils contiennent à des spécialistes de diverses disciplines (droit, histoire, philosophie, science politique et même théologie) dans le but de dégager une sémantique commune de la représentation par le croisement de regards différents.

Le résultat se présente sous la forme d'un recueil particulièrement dense de 60 textes regroupés en 27 chapitres. Or, s'il obéit aux canons du genre, le travail de M. Albertone et M. Troper ne se limite pas à une simple compilation de morceaux choisis ou, pour le dire autrement, à un florilège ou à un pur « *best of* » de la représentation politique. Leur anthologie est une anthologie analytique, c'est-à-dire à la fois organisée et commentée. Une anthologie organisée d'abord, suivant un plan en quatre parties dont le cheminement est linéaire : les deux premières (« Origines » et « L'ère de l'État ») invitent le lecteur à suivre les métamorphoses de la représentation politique dans l'histoire de la pensée politique et juridique occidentale ; la troisième (« L'ère de la globalisation ») lui permet de décentrer l'analyse de la représentation en examinant sa réception par d'autres traditions culturelles ; la quatrième, enfin, (« Questions autour de la représentation ») revient, toujours dans une perspective historique, sur certaines problématiques contemporaines liées aux limites conceptuelles de la représentation moderne. Une anthologie commentée ensuite, puisque chaque chapitre thématique, réalisé sous la responsabilité de l'un des contributeurs, se compose d'au moins deux textes historiques suivis d'un bref commentaire doctrinal dont le rôle est d'en présenter l'objet, le contexte et les implications conceptuelles.

Bien que ces choix méthodologiques puissent appeler quelques réserves (que l'on développera plus loin), le produit final, outre une lecture particulièrement agréable, n'en est que plus stimulant sur le plan intellectuel. En cheminant à travers les époques et les espaces, le lecteur découvre la représentation politique dans toute sa densité conceptuelle, à la fois historique et culturelle, et, éclairé par cet effort permanent de remise en contexte, explore la richesse des significations et des fonctions qu'elle a pu revêtir (ou qu'elle revêt parfois toujours) et dont la mise en lumière, en exhumant la permanence de certaines dynamiques de fond, permet de donner plus de relief aux problématiques contemporaines. Plus encore, cet ouvrage

ne se lit pas comme un pur travail scientifique. Pour ceux des lecteurs qui ont le goût de la langue, du discours et de l'histoire, il s'effeuille et s'apprécie, comme on le ferait d'un recueil de littérature, sans qu'il soit nécessaire, comme ce serait le cas d'une monographie, de s'astreindre à une lecture linéaire de peur de manquer quelques développements substantiels. La lecture n'en est dès lors que plus libre et agréable.

Cela tient au fait que l'anthologie (littéralement en grec, « cueillette de fleurs ») participe ici d'un double genre, à la fois académique et littéraire. Si bien que, par le poids qu'il accorde au langage (en l'occurrence conceptuel), à ses évolutions sémantiques, à ses emplois argumentatifs, heuristiques ou légitimants, l'ouvrage de M. Albertone et M. Troper n'offre pas seulement une histoire intellectuelle (I), mais se lit également comme une véritable poétique de la représentation politique (II).

I. UNE HISTOIRE INTELLECTUELLE DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

L'ambition scientifique de l'ouvrage est clairement assumée dès les premières lignes de l'introduction : cette anthologie de la représentation politique « se place dans le cadre d'une histoire intellectuelle qui fournit des instruments d'interprétation et de conceptualisation par le biais de l'attention prêtée au texte et au contexte ». Si le dessein est louable – et se trouve, d'ailleurs, largement satisfait – sa mise en œuvre repose sur un double positionnement méthodologique appelant deux séries de remarques. Un parti-pris épistémologique d'une part, portant sur la possibilité (ou non) d'une histoire des concepts (A). Et un choix heuristique d'autre part, consistant à superposer, pour chaque thématique traitée, trois niveaux de discours qui forment autant de focales imbriquées les unes aux autres (B).

A. L'histoire des concepts est-elle possible ?

Proposer une histoire intellectuelle de la représentation politique suppose, en premier lieu, d'en déterminer les conditions épistémologiques. Ce n'est donc pas une surprise si, en introduction de leur ouvrage, M. Albertone et M. Troper adoptent une épistémologie d'inspiration résolument positiviste. Ramenée à la matière juridique, celle-ci postule une séparation étanche entre deux niveaux de discours – le discours du droit, de portée prescriptive, et le discours sur le droit, de portée descriptive – d'où M. Troper déduit habituellement une distinction, elle aussi hermétique, entre deux catégories de concepts¹ : les « concepts-objets » dont le rôle est de justifier une règle ou une institution, et les « métaconcepts », produits par la science, dont le but est de rendre compte de la signification des premiers (p. 12). Or cet impératif se double, s'agissant d'une étude historique, de la nécessité de rendre intelligible le langage du passé à des yeux contemporains, sans pour autant en trahir la substance en y calquant une grille de lecture inspirée de représentations anachroniques. C'est pourquoi concepts et métaconcepts n'entretiennent pas le même rapport au temps.

¹ M. TROPER, « Sur l'usages des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, 1992, n° 6, p. 111 ; « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. HERRERA et A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, p. 75 ; M. ALBERTONE, M. TROPER, « Interpréter les faits. Dialogue entre histoire et droit », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, 2017, vol. 6, iss. 11, it. 5.

Les premiers, quoique produits par l'histoire car tributaires du contexte intellectuel, politique, juridique et culturel qui les a vus naître, sont réputés *intemporels* en ce sens qu'ils « sont irréductibles et qu'ils n'évoluent pas ». Il n'y a donc pas un concept de représentation dont il s'agirait de décrire l'évolution, mais plusieurs concepts de représentation successifs, irréductibles les uns aux autres :

Le terme de représentation a donc bien une histoire, parce qu'il change de sens, mais si un concept désigne le contenu de signification d'un mot, il n'a lui-même pas d'histoire : il est le même ou il est autre (p. 11).

Suivant cette approche, une histoire intellectuelle de la représentation doit se limiter à décrire les contextes d'apparition de chaque concept pris isolément :

L'étude historique des concepts ne peut pas être l'étude de leur évolution, mais seulement celle des conditions de leur apparition à un certain moment de l'histoire (p. 11).

Or, s'il n'y a pas un concept de représentation, mais « seulement une pluralité de concepts présentant une ressemblance de famille » (p. 11), selon quel critère des conceptions aussi distinctes que le mandat de droit romain, la théorie de la *persona ficta* de Hobbes ou encore la notion d'organe défendue par Carré de Malberg peuvent-elles être considérées comme appartenant à une même « famille » conceptuelle ? C'est là qu'intervient la deuxième catégorie : celle des métaconcepts. Ceux-ci « ne sont pas des produits de l'histoire comme les concepts-objets » (p. 11), mais résultent d'une rationalisation et d'une reconstruction intellectuelle *a posteriori*. Leur fonction – rendre intelligibles à l'observateur contemporain des phénomènes observables de tout temps et en tous lieux – autant que leur mode de production – tributaire des cadres intellectuels de son époque – leur confèrent donc une portée *atemporelle*. C'est pourquoi la définition d'un métaconcept, pour être opératoire sans verser dans l'anachronisme, doit se réduire au plus petit dénominateur commun observable chez l'ensemble des concepts qu'il a pour objet de transcrire. Pour M. Albertone et M. Troper, ce dénominateur est double : il tient à la fois à l'objet de tout concept de représentation – « la capacité d'une autorité de vouloir et d'agir au nom d'une autre entité à laquelle cette volonté et ces actes seront imputés » – et à sa fonction – justifier « la suprématie de cette autorité et de la fonction qu'elle exerce » (p. 15).

Ce concept général de représentation pourrait susciter quelques commentaires – notamment sur le choix de ces critères plutôt que d'autres et sur la logique, déductive ou inductive, qui a présidé à son élaboration – mais cette définition minimale paraît suffisamment englobante et consensuelle pour être acceptable. La démarche, en revanche, appelle certaines réserves, en particulier si le lecteur n'adhère pas au parti-pris épistémologique des auteurs. On peut ainsi douter qu'il soit possible de séparer aussi hermétiquement deux ordres de discours – conceptuel et métaconceptuel – qui, particulièrement lorsqu'ils ne s'appliquent pas à des phénomènes empiriquement observables mais à des objets dont la réalité est essentiellement intellectuelle, partagent nécessairement un même langage, un même cadre de pensée, et peuvent, dans certaines circonstances (comme la rédaction d'un texte constitutionnel par exemple), se trouver largement tributaires l'un de l'autre.

Plus discutable est le glissement, accusé en introduction de l'ouvrage, d'un rejet de tout essentialisme – louable en soi – vers l'adoption d'une perspective résolument nominaliste s'opposant à toute entreprise de généalogie conceptuelle. De l'idée qu'il « n'y a pas d'essence de la représentation », mais seulement plusieurs concepts désignés sous un même terme et dont le sens dépend des circonstances de leur apparition, doit-on nécessairement en déduire que ces derniers, prisonniers

de leur contexte, n'évoluent pas et n'ont, par conséquent, pas d'histoire, sauf à être remplacés par d'autres concepts ? Il paraît au contraire possible, à l'instar de Reinhart Koselleck², de rechercher la filiation d'un concept en déterminant ce qui le rapproche ou le sépare de ceux qui l'ont précédé ou lui ont succédé. Cet exercice généalogique semble non seulement possible mais également nécessaire, pour rendre à l'histoire intellectuelle, qui ne saurait se réduire à une succession syncopée d'instantanés, son caractère dynamique.

À titre d'exemple, il y a indéniablement une forme de continuité, à la fin de l'Ancien Régime, entre la conception parlementaire (F. Di Donato) et la conception physiocratique (M. Albertone) de la représentation politique, bien que leurs fondements philosophiques et leurs motifs politiques diffèrent : dans les deux cas, la représentation y est conçue comme un procédé d'intermédiation entre la tête et les membres du corps politique, et cette conception ne sera pas sans incidences sur le plan d'organisation administrative présenté par Thouret à la Constituante durant l'automne 1789. Quoique ces trois discours dénotent chacun une évolution du concept, la continuité d'inspiration qui les lie reste riche d'enseignements sur les causes de ces mutations comme sur les intentions de ses promoteurs. Sans doute, ce constat ne nous dit-il rien du sens de la représentation en droit positif.

Savoir que la représentation était un contrat de droit privé avant la Révolution française ne nous apprend rien sur le concept constitutionnel de représentation pendant la Révolution ou dans la France du XXI^e siècle (p. 11).

Cette information n'en est pas moins utile, non seulement pour comprendre les contraintes argumentatives et politiques auxquelles les Constituants ont été confrontés dans leurs travaux, mais également pour questionner nos propres préconceptions intellectuelles et ambiguïtés conceptuelles, en particulier face aux enjeux auxquels font actuellement face les régimes démocratiques.

Par-delà ces réserves d'ordre épistémologique, l'anthologie de M. Albertone et M. Troper n'en demeure pas moins un travail d'une grande richesse historiographique. En postulant la « relativité historique » des concepts³, et en dépit des contraintes inhérentes à l'épistémologie positiviste, cet ouvrage a le grand mérite de restituer à la représentation politique son historicité. L'analyse contextuelle des différents discours qui, au fil du temps et de l'espace, ont émaillé l'histoire intellectuelle de la représentation, permet ainsi de saisir la complexité de ses significations, de ses fonctions et de ses usages argumentatifs successifs, à travers les moments clés de son évolution : du droit romain à la démocratie représentative contemporaine, en passant par l'affirmation de l'Église en tant qu'institution, la sécularisation du politique sous la forme de l'État moderne, la contestation de l'absolutisme, l'apparition de la société civile et les grandes révolutions libérales du XVIII^e siècle, ou encore la contestation démocratique et sociale du gouvernement représentatif moderne à compter du XIX^e siècle... Loin de l'image d'un objet monolithique et univoque, ce travail témoigne de ce que la représentation (à l'instar d'autres concepts

² R. KOSELLECK, « Histoire sociale et histoire des concepts », in *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard, trad. A. Escudier, 1997, p. 101.

³ O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 5^e éd., 1985, p. 163, cité par H. QUARITSCH, « Otto Brunner ou le tournant dans l'histoire de l'écriture de l'histoire constitutionnelle allemande », *Droits*, n° 22, 1995, p. 152.

politico-juridiques comme la souveraineté) n'est pas un absolu, qu'elle est au contraire le produit d'une histoire politique, culturelle et intellectuelle dont l'exploration demeure d'une inépuisable richesse.

B. L'imbrication des focales

Une autre originalité de ce livre réside, en second lieu, dans le choix heuristique fait par les auteurs de superposer, pour chaque thématique traitée, trois niveaux d'analyse. Chaque chapitre se compose ainsi de la manière suivante : un premier texte historique servant de matériau brut à l'analyse ; un deuxième texte, contemporain ou ultérieur, destiné à le critiquer, le nuancer ou simplement le mettre en perspective ; enfin, un commentaire doctrinal, réalisé par le contributeur responsable de la thématique, qui procède à une analyse conjointe et contextuelle des deux premiers documents. Outre une meilleure compréhension de textes parfois denses et peu accessibles si le lecteur n'est pas familier de la pensée de l'auteur ni des enjeux politiques et intellectuels de l'époque, l'intérêt de ce rythme ternaire est double. Il contribue d'abord à illustrer la relativité historique du concept de représentation en le saisissant à travers les controverses politiques, philosophiques ou doctrinales qui l'ont vu naître et évoluer. Il permet ensuite, par un élargissement progressif de la focale, d'effeuiller successivement les différents niveaux de discours qui se sont superposés au fil du temps et dont la sédimentation a contribué à obscurcir le sens qu'a pu revêtir le concept à une époque et en un lieu donnés. Ajoutons à cela que la grande qualité des commentaires, dont l'objet n'est pas de s'appuyer sur les textes analysés pour en déduire une théorie mais bien d'en éclairer la signification historiquement contingente, contribue à rendre la lecture de l'ouvrage non seulement aisée, mais également captivante.

En dépit des qualités de cette approche, deux regrets peuvent être formulés. Le premier tient au caractère avant tout analytique et doctrinal de l'anthologie proposée, qui constitue à la fois une richesse et une limite de cet exercice lorsqu'il est appliqué à un objet académique. On peut s'interroger – l'introduction ne le précise pas clairement – sur les motifs qui ont présidé au choix des textes ainsi réunis. L'objet de l'ouvrage n'est, en effet, pas le même selon qu'ils aient été sélectionnés en amont au regard de leur intérêt propre avant d'être confiés à un commentateur, ou bien choisis en aval, par chaque responsable de thématique, pour illustrer son propos. Dans le premier cas, le commentaire se contente de servir d'écrin au texte, dont la découverte ou la redécouverte par le lecteur constitue l'intérêt même d'une anthologie. Dans le second, en revanche, les documents sélectionnés servent plutôt de support à la réalisation, par chaque contributeur, d'un article de doctrine. L'articulation, inégale en fonction des chapitres, entre la matière brute et le propos doctrinal, tendrait plutôt à pencher pour la deuxième option : le choix des documents (dont quelques-uns ne portent pas explicitement, ou alors à la marge, sur le sujet de la représentation) semble parfois clairement orienté par les options épistémologiques et théoriques du contributeur. La table des matières, qui ne recense pas les textes eux-mêmes mais se structure autour des 27 thématiques et de leurs auteurs respectifs, corrobore d'ailleurs ce sentiment et tend à induire en erreur le lecteur qui, n'ayant pas encore feuilleté l'ouvrage, pense avoir à faire à un recueil d'articles doctrinaux.

Le second regret est en partie une conséquence du premier et tient au fait que cette imbrication des focales aboutit parfois, en raison des choix doctrinaux de l'auteur, à comparer deux textes dont les enjeux propres, pour être liés mais distincts sur le plan théorique, mériteraient un commentaire à part entière, mais dont la

densité se trouve en quelque sorte comprimée au sein d'une seule et même thématique. Ainsi du onzième chapitre, réalisé par M. Troper (« Le représentant et l'organe »), dans lequel la comparaison entre le débat du 10 août 1791 opposant Roederer à Barnave et la lecture qu'en livrera plus tard Carré de Malberg, met aux prises deux questions qui, quoiqu'imbriquées, auraient mérité d'être distinguées l'une de l'autre car appelant chacune des développements propres : d'un côté, la question tout à fait pratique et riche d'implications contemporaines, de savoir ce qui fait le représentant (l'élection ou la fonction ?) ; de l'autre, celle, plus théorique, de la distinction du représentant et de l'organe qui aurait sans doute justifié qu'un chapitre lui soit entièrement consacré afin de comparer les conceptions allemande et française.

Ces considérations de méthode ne doivent, cependant, pas occulter le fond de l'ouvrage qui, derrière le projet d'en retracer l'histoire intellectuelle, s'apparente en réalité à une véritable poétique de la représentation.

II. UNE POÉTIQUE DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

L'application du genre poétique à l'anthologie de M. Albertone et M. Troper n'est pas une simple vue de l'esprit liée au choix de ce registre littéraire. Si la lecture en est plaisante, c'est avant tout sa portée théorique qui lui vaut cette qualification. Car cet ouvrage n'est pas un simple florilège de textes choisis. Parce que son objet y est avant tout décrit comme un phénomène intellectuel et linguistique, l'attention portée au langage, à ses variations de sens, à ses fonctions argumentatives et performatives place ce travail à la jonction de l'esthétique, du théorique et du politique. Celui-ci offre dès lors au lecteur à la fois une linguistique (A) et une rhétorique de la représentation (B).

A. Une linguistique de la représentation

Cet ouvrage propose, en premier lieu, une véritable linguistique de la représentation politique, laquelle se trouve saisie à travers sa dimension aussi bien lexicale que sémantique.

Sur le plan lexical d'abord, la variété des textes réunis et l'approche pluridisciplinaire souhaitée par les auteurs, présentent le mérite d'identifier, à travers les siècles, un véritable glossaire de la représentation. La richesse du champ lexical renvoyant au concept lui-même – incarnation, personnification, autorisation, médiation, procuration, délégation, élection – ou servant à qualifier le représentant – mandataire, vicaire, acteur, organe, interprète, tribun, avant-garde, symbole, guide... – témoigne, malgré des significations divergentes et des contextes différents, de son omniprésence et de sa centralité au sein de la pensée occidentale, de ses origines à nos jours. La mobilisation de sources non seulement françaises ou latines, mais également anglo-saxonnes et allemandes, permet de prendre la mesure d'un phénomène conceptuel commun à l'expérience politique européenne et nord-américaine. C'est pourquoi il est dommage que les lexiques anglophones et germanophones n'aient pas été valorisés dans leur version originale (à l'exception notable du chapitre consacré par O. Jouanjan, à la conception nazie de la représentation), tant ils peuvent parfois s'avérer riches en nuances inconnues du vocabulaire français. On songe par exemple aux mots anglais de *trust* et de *trustee* (employés par Burke dans son discours de 1774 aux électeurs de Bristol, reproduit chap. 13), ou encore à la distinction allemande (opérée notamment par Schmitt)

entre *Räpresentation* (incarnation de l'unité transcendante du corps politique) et *Stellvertretung* (représentation contingente de la pluralité des intérêts de la société).

Sur le plan sémantique ensuite, ce cheminement à travers l'histoire politique et intellectuelle de la représentation permet au lecteur de saisir, en quelque sorte *in vivo*, les multiples métamorphoses du signifié malgré la constance des signifiants. Celles-ci peuvent, *a minima*, être comptées au nombre de quatre. La première survient aux alentours du XI^e siècle lorsque, d'une technique contractuelle issue du droit privé romain (J.-L. Halpérin), la représentation en vient à désigner la capacité – disputée par le pape et l'empereur – à incarner au nom de Dieu l'unité spirituelle et temporelle de l'Église universelle (B. Bourdin ; A. Mulieri). La deuxième correspond au moment hobbesien, c'est-à-dire à la sécularisation de l'idée représentative, qui revêt alors la double dimension d'un acte d'autorisation du souverain et d'un procédé de personnalisation de la communauté politique, préfigurant l'État moderne (M. Brito Vieira). La troisième survient à compter de la fin du XVII^e siècle avec l'avènement du libéralisme politique, qui concevra la représentation comme un mécanisme de médiation entre l'autorité publique et la société civile (F. Di Donato ; M. Albertone ; J. Hummel). La quatrième et dernière métamorphose enfin, est le fruit des révolutions américaine et française : à travers elles, la représentation devient à la fois une forme de gouvernement à part entière (P. Pasquino ; M. Troper) et une méthode d'ingénierie constitutionnelle visant à produire une volonté politique rationnelle (J. N. Rakove ; M. Albertone). L'évolution semble alors se stabiliser, la grande question des XIX^e et XX^e siècles étant de savoir à quel point le gouvernement représentatif doit ou ne doit pas se fondre dans le moule de l'idéal démocratique.

Parmi ces évolutions sémantiques, on regrettera peut-être l'absence notable de certaines conceptions prémodernes de la représentation observables notamment sous l'ancienne France. Si les discours parlementaires du XVIII^e siècle constituent un aspect important du sujet, il aurait également été intéressant de consacrer un chapitre au système des assemblées d'états, dont la pratique procédait d'une dialectique entre la représentation des intérêts corporatistes propres à une société hiérarchisée et la figuration de l'unité politique du royaume à travers la personne du monarque. Il y a là, semble-t-il, une expression historique et culturelle originale de la représentation, qui ne se réduit ni à la théorie du mandat ni à la doctrine britannique des deux corps, et mériterait d'autant plus d'être redécouverte qu'elle a servi, du moins en France, de matrice historique au gouvernement représentatif moderne.

Malgré ces nombreuses ruptures, l'un des mérites de cette anthologie est qu'elle permet également d'identifier certaines constantes, dont l'observation conduit à relativiser le poids des problématiques actuelles. C'est par exemple le cas du thème de la représentativité. Issue d'une contestation de la conception formelle et universaliste de la représentation au nom d'une vision réelle et différentialiste de cette dernière, cette préoccupation trouve son origine dès le XIX^e siècle dans les revendications du mouvement ouvrier français (S. Hayat), puis se retrouve en Inde à travers le problème de la représentation des caste (S. Khilnani), avant de s'illustrer à l'époque contemporaine par la question de la parité des sexes (I. Boucobza et C. Girard). Il en va de même du thème de la démocratie représentative. Loin de l'idée reçue d'une incompatibilité originelle et radicale entre gouvernements représentatif et démocratique, on en trouve les prémices dès le XVIII^e siècle dans la pensée des Pères fondateurs américains comme de certains révolutionnaires français (on signalera à cet égard le très intéressant chapitre que P. Serna consacre à l'ambiguïté de cette notion dans les débats constitutionnels précédant le Consulat). Une telle continuité des problématiques conduit alors à se demander si, en réalité, l'état de

« crise » déploré par les observateurs contemporains ne serait pas congénital à l'avènement même du gouvernement représentatif moderne.

Il faut enfin dire un mot des textes réunis au sein de cette anthologie et dont la lecture sert de support à cette enquête linguistique. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité – le format ne s'y prêtant pas – les documents compilés sont d'une grande variété et d'une grande densité intellectuelle. On y retrouve ainsi certains auteurs attendus comme Hobbes, Rousseau, Sieyès, Condorcet, Constant, Burke, Mill, Jellinek, Schmitt ou encore Carré de Malberg. On y découvre également avec plaisir certains textes peu connus ou délaissés : en particulier, le débat opposant Roederer à Antonelle aux derniers jours du Directoire, le *Manifeste des Soixante* durant le Second Empire et les écrits de Proudhon relatifs à la représentation ouvrière, ou encore les vues divergentes de Lénine et de Trotsky quant au rôle historique du parti dans la conduite de la révolution prolétarienne.

Mais ce qui constitue le clou, et l'un des principaux apports de cet ouvrage, est sans doute sa troisième partie, consacrée à l'expansion et aux avatars de la représentation politique au-delà de la tradition politique occidentale. La découverte, à partir de textes originaux, des expériences japonaise, indienne, argentine ou encore chinoise, non seulement fascine le lecteur accoutumé aux cadres de pensée occidentaux, mais lui permet en outre de mesurer la dimension à la fois politico-juridique, et plus largement culturelle de la représentation. On notera en particulier tout l'intérêt du chapitre consacré à la représentation politique en islam. Dans un contexte de réforme de l'islam sunnite datant de la deuxième moitié du XIX^e siècle, les documents commentés par S. Ben Achour témoignent de ce que la représentation, dans l'islam politique, suit un mouvement en quelque sorte inverse de celui qui fut le sien en Europe : celui, non d'une sécularisation, mais bien d'une reconfectionnalisation du politique (en réaction notamment à l'influence des conceptions importées par les anciennes puissances coloniales) allant dans le sens d'une théocratie non pas personnelle mais représentative, voire d'investiture démocratique. Il y a là un champ de recherche intéressant sur le plan de la théologie politique, en particulier si l'on compare ces doctrines avec celles, d'origine chrétienne, du vicariat pontifical professée par Innocent III (B. Bourdin) ou du conciliarisme de Marsile de Padoue (A. Mulieri).

Une réserve peut néanmoins être signalée à propos de cette troisième partie dont l'intitulé – « L'ère de la globalisation » – dénote, malgré sa grande richesse, une perspective très occidentalo-centrée. Son objet vise, en effet, la réception et l'adaptation des conceptions occidentales de la représentation au sein d'autres aires géographiques, bien plus que l'étude des traditions propres à chacune des cultures envisagées. On peut se demander s'il n'y a pas là un biais universaliste, exprimé par les auteurs dès l'introduction :

L'analyse des différents concepts que l'on peut subsumer sous le métaconcept de représentation fait clairement apparaître l'expansion historique et géographique d'une notion dont les origines appartiennent à une histoire européenne et occidentale et qui remplit une fonction universelle, celle de justifier le pouvoir en prétendant qu'il est exercé au nom d'un autre (p. 28-29).

Sans doute est-il nécessaire, lorsque l'on compare différentes cultures politiques, de se doter d'un appareil théorique susceptible d'en restituer, dans un langage commun, les ressemblances et les nuances. Cette démarche, délicate, comporte cependant un risque : celui de basculer d'un universalisme méthodologique vers un universalisme ontologique, au détriment du caractère incommensurable de chaque tradition culturelle.

B. Une rhétorique de la représentation

Outre sa dimension linguistique, cette anthologie de la représentation s'attache, en second lieu, à en étudier la portée rhétorique, c'est-à-dire à la diversité de ses usages argumentatifs et en particulier sa fonction de justification. De manière générale, et comme le signalent les auteurs en introduction, l'argument représentatif est ordinairement mobilisé en vue de justifier l'exercice d'une autorité politique suprême. Cette fonction s'observe dès l'origine, dans l'Europe médiévale, lorsque puissances spirituelle et temporelle se disputent le monopole de l'investiture divine. On la retrouve bien entendu au XVII^e siècle chez Hobbes, qui fonde l'autorité absolue du Léviathan sur sa capacité à produire l'unité du corps politique en tant que personne. Elle est également présente chez Carré de Malberg, à qui sa théorie de l'organe permet de justifier une certaine hiérarchie des fonctions au sein de l'État. Il y a donc une certaine constance dans l'emploi argumentatif du concept de représentation. Mais au-delà de cette constance, et c'est l'un des intérêts de l'ouvrage, ses déclinaisons rhétoriques peuvent varier au gré des contextes dans lesquels il se trouve mobilisé. En voici quelques exemples.

L'idée de représentation peut, d'abord, être conçue comme un acte d'autorisation ou de délégation pour remplir une fonction de légitimation, soit d'une pluralité d'organes (en particulier lorsque l'acte de délégation est identifié au texte constitutionnel, comme chez Barnave ou Royer-Collard), soit d'un seul (notamment lorsque l'autorisation est censée s'exprimer par l'élection, comme chez Roederer).

Elle peut, ensuite, être mobilisée, en tant que procédé de médiation, à la fois comme un moyen de justifier une certaine organisation du pouvoir à partir d'une certaine vision de la société, et inversement comme une façon de produire un nouvel ordre social grâce à un bouleversement de l'ordre politique : cette dimension performative de la représentation se trouve en germe dans la pensée des physiocrates, elle sera au cœur de la transformation des États généraux en Assemblée nationale (absente de l'ouvrage), et l'on en trouve un écho significatif dans la controverse opposant Ambedkar et Gandhi à propos des Intouchables.

La représentation peut, aussi, selon la conception que l'on s'en fait, être employée pour défendre une certaine idée de la souveraineté et du souverain : outre la distinction classique, systématisée par Carré de Malberg, entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, on peut citer la divergence de vues d'un Sieyès, partisan d'une conception statique et moniste du gouvernement représentatif, qui le conduit à restreindre le champ des bénéficiaires de droits politiques au nom d'une approche fonctionnelle de ces derniers, et un Condorcet, qui en retient au contraire une vision dynamique et dualiste, conçue comme un dialogue rationnel entre représentants et représentés, ce qui le conduit à militer, au nom du droit naturel, en faveur du suffrage universel et du droit de vote des femmes.

Enfin, comme l'illustre la comparaison des textes de Burke et Mill, deux conceptions divergentes de la représentation (virtuelle ou réelle) peuvent aboutir à deux visions de ce en quoi consiste la fonction de représentant et des rapports qu'il peut ou doit entretenir avec les représentés : pour le premier, légiférer non d'après le vœu des électeurs mais en fonction du bien commun ; pour le second, se faire l'organe des intérêts de la société civile afin de lui permettre d'exercer un contrôle sur l'action des gouvernants.

On le voit, les usages rhétoriques du concept de représentation sont nombreux, et l'un des apports de cet ouvrage est de les avoir mis en exergue à la lumière des préoccupations politiques propres à chaque auteur mobilisé. D'autres fonctions du concept auraient également pu être explorées : en particulier la question de savoir

ce qui fait le représentant (uniquement envisagée à travers le débat du 10 août 1791) ; ou encore les usages péjoratifs et dépréciatifs du concept, dont l'étude aurait permis d'analyser les discours de relativisation du paradigme représentatif, qui ne datent pas d'aujourd'hui et auraient eu le mérite d'éclairer les virtualités contemporaines de l'idéal démocratique.

En outre, l'analyse de ces usages argumentatifs est parfois brouillée par la différence de valeur des textes sélectionnés pour chaque chapitre. La triple focale appliquée à l'ensemble de l'ouvrage peut en effet, selon les documents commentés, conduire à la superposition de plusieurs niveaux de discours. Ainsi par exemple, le choix, comme premier support d'analyse, d'un écrit à visée essentiellement politique (par exemple, la lettre n° 10 du *Fédéraliste* attribuée à Madison ou un article de Sieyès paru au *Journal d'instruction sociale*) n'a pas la même valeur qu'un extrait d'ouvrage doctrinal (comme le *Traité de droit romain* de Savigny ou la *Contribution* de Carré de Malberg). La vocation politiquement opérationnelle et la fonction légitimante du discours sont, en effet, bien plus marquées dans le premier cas que dans le second où – parfois non sans arrière-pensées politiques, il est vrai – le propos de l'auteur relève déjà d'une forme de « métalangage ». On peut alors se demander si le fait de prendre pour base d'étude, d'un chapitre à l'autre, tantôt une œuvre politique ayant pour objet d'influencer la production du droit, tantôt une œuvre doctrinale dont la fonction est d'en décrire le sens, ne revient pas, finalement, à mélanger les discours conceptuel et métaconceptuel distingués par les auteurs, et par conséquent à relativiser l'intérêt de leur séparation.

*

**

On l'aura compris, les questionnements suscités par l'anthologie dirigée par M. Albertone et M. Troper sont à la mesure de l'enthousiasme et du grand intérêt que l'auteur de ces lignes a ressentis à la lecture. Ils ne retirent d'ailleurs rien, bien au contraire, à l'originalité du projet dont est issu ce volume, à la richesse des textes qu'il regroupe, et à la grande qualité des commentaires doctrinaux, qui en font une précieuse ressource tant pour l'enseignement que pour la recherche.

Quelles leçons peut-on tirer, au terme de ce cheminement littéraire et historique ? Une phrase, sur laquelle s'achève l'introduction de l'ouvrage, permet sans doute d'exprimer le sentiment du lecteur : « On n'échappe pas à la représentation ». En effet, non seulement cette dernière semble émailler l'histoire intellectuelle occidentale, mais elle paraît aussi, pour des raisons diverses, avoir progressivement imprégné des cultures politiques très différentes de son berceau d'origine. Cette dimension omniprésente, transhistorique et quasi-universelle de la représentation politique lui conférerait presque une portée civilisationnelle que n'aurait pas démentie un Guizot. Ses expressions contemporaines ne sont pourtant pas toutes conformes à la philosophie du progrès qui animait, aux XVIII^e et XIX^e siècles, la plupart des promoteurs du gouvernement représentatif. Les exemples, parmi de nombreux autres présents entre ces pages, du péronisme en Argentine (C. M. Herrera), ou de la théorie des « trois représentativités » revendiquées par le Parti communiste chinois (E. Jourda et P. Pasquino), témoignent de ce que la portée légitimante du concept, pris sur le mode de l'incarnation ou de l'incorporation, peut également servir de prétexte à la mise en place et au maintien d'un pouvoir centralisé, personnel et autoritaire, bien loin de la conception abstraite, rationnelle et désincarnée que s'en faisaient ses théoriciens modernes.

Plus encore, si l'épanouissement du gouvernement représentatif a longtemps été perçu comme l'aboutissement d'un processus de civilisation, les crises qui l'affectent à l'époque contemporaine posent la question d'un au-delà de la représentation politique, dont on peine à discerner les contours. La quatrième et dernière partie de l'anthologie témoigne de ce malaise. Les trois chapitres dont elle se compose ont en commun, quoique sous des angles très divers, de présenter les limites de la représentation moderne face à certains enjeux soit théoriques (le fédéralisme), soit politiques (l'égalité des sexes et l'écologie). L'ouvrage s'achève ainsi sur l'image d'une conception libérale de la représentation qui, pour imprégner la pensée, la pratique et les débats politiques contemporains, n'en apparaît pas moins sclérosée face à des défis qui en bouleversent jusqu'aux fondements : la revendication d'un renouveau démocratique, signe d'un déclin de sa portée légitimante ; la fragmentation de l'unité politique qu'elle était censée produire, par la multiplication de nouvelles identités ; la remise en question des présupposés philosophiques (anthropocentrisme et individualisme) et du cadre politique (national) sur lesquels elle repose...

Le constat final fait donc figure de paradoxe : si le paradigme représentatif n'a jamais été aussi vivace (au point même d'apparaître comme un instrument de protection des ressources naturelles) il semble pourtant bien en peine de trouver en lui-même les moyens de son dépassement, ou à tout le moins de son aggiornamento, afin de faire face aux enjeux du temps.

Benjamin Lecoq

■ Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg.

R. GHEVONTIAN (dir.), *Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain* (Bruxelles, Bruylant, 2019)

Discipline longtemps délaissée par les juristes publicistes, le droit parlementaire connaît aujourd’hui un renouveau certain. Comme le rappelle le professeur Gicquel dans la conclusion de l’ouvrage ici recensé (p. 211), avant la première édition du manuel de Pierre Avril et Jean Gicquel (en 1988

¹), devenu depuis une référence, le dernier ouvrage de droit parlementaire datait de 1953 : il s’agissait du Cours de « Droit parlementaire français » dispensé à l’Institut d’études politiques de Paris par Marcel Prélôt, en 1953-1954².

Les témoignages de ce dynamisme sont nombreux. Depuis une vingtaine d’années, la jeune recherche a investi la discipline, comme le révèlent les nombreuses thèses soutenues en droit parlementaire. Sans prétendre à l’exhaustivité, sur les cinq dernières années, mentionnons notamment – dans l’ordre chronologique – la thèse d’A. Gelblat, *Les doctrines du droit parlementaire. Des discours à l’épreuve de la notion de constitutionnalisation*³, celle de M. Meyer, *Gouverner les gouvernants : Eugène PIERRE (1848-1925), le droit parlementaire au service de la République*⁴, celle de C. Geynet-Dussauze, *L’obstruction parlementaire sous la V^e République : étude de droit constitutionnel*⁵, celle de B. Javary, *La déontologie parlementaire. Étude comparée*⁶, celle de C. Lavigne, *Le refus du mandat impératif en droit constitutionnel français*⁷, ou encore celle de M. Balnath, *L’administration des assemblées parlementaires sous la Cinquième République*⁸). Ce dynamisme se manifeste aussi par l’organisation de colloques et la publication d’ouvrages dont certains (on songe notamment au *Traité d’études parlementaires*⁹ et au *Dictionnaire encyclopédique du Parlement*,

¹ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 1988.

² *Droit parlementaire français*, Paris, Les cours de droit, 1953, 1958.

³ Dirigé par M. Touzeil-Divina, Université Paris Nanterre, 2018.

⁴ Dirigé par M. Touzeil-Divina, Université Toulouse I Capitole, 2019.

⁵ Dirigé par A. Vidal-Naquet et S. de Cacqueray, Aix-Marseille Université, 2019.

⁶ Dirigé par O. Dord, Université Paris Nanterre, 2019.

⁷ Dirigé par E. Forey et B. Quiriny, Université de Bourgogne, 2020.

⁸ Dirigé par P. Blachère et H. de Gaudemar, Université Jean Moulin Lyon III, 2022.

⁹ O. ROZENBERG et É. THIERS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2018.

dont la publication est prévue prochainement¹⁰) sont publiés dans la collection « Études parlementaires » de Bruylant, fondée il y a une dizaine d'années et dirigée depuis par le professeur Philippe Poirier. Tel est également le cas de l'ouvrage sur *Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain*, qui rassemble les actes d'un colloque organisé par le professeur Richard Chevontian (†) à Aix-Marseille Université en novembre 2016.

Tous les contributeurs (universitaires) à ce colloque étaient en poste dans cette même Université. Il faut dire que nos collègues aixois se distinguent dans la promotion du droit parlementaire, au sein notamment du premier axe de l'Institut Louis Favoreu (« Droit électoral et droit des assemblées délibérantes ») et de la Chaire Eugène Pierre¹¹, créée en 2020. Depuis cette même date, Aix-Marseille Université a mis en place, en partenariat avec l'Université de Luxembourg, l'Université de Babes-Royal (Roumanie) et l'Université de Laval (Québec), un Parcours Études parlementaires – Études législatives au sein du Master Droit public.

On ne peut que se réjouir de cette tendance, qui conduit la doctrine constitutionnaliste française à se (re)saisir du Parlement comme objet de la science du droit constitutionnel alors que, depuis la rupture de 1958, il avait été délaissé au profit de l'étude des organes de l'exécutif, du juge (constitutionnel) ou encore des « droits et libertés ». Ce mouvement révèle peut-être l'émergence d'une doctrine parlementaire¹², à l'image de celle qui existait sous la III^e République et qui fut notamment incarnée par Eugène Pierre (1848-1925). Ce dernier fut, pendant 50 ans, ce que l'on appellerait aujourd'hui un « administrateur » des assemblées. Il occupa, de façon successive, la fonction de secrétaire-rédacteur attaché au secrétariat général de la présidence de la Chambre des députés (à compter de 1875) puis, à compter de 1885 (et jusqu'à sa mort), celle de secrétaire général de la présidence de la Chambre. Il est surtout l'auteur (d'abord en collaboration avec Jules Poudra) d'un célèbre *Traité de droit politique, électoral et parlementaire* (première édition en 1878, plusieurs suppléments et rééditions par la suite).

L'ouvrage ici recensé est dédié à ce « personnage clé de la III^e République, [...] encore souvent méconnu » (Richard Chevontian, p. 7), l'« un des plus éminents serviteurs du Parlement et de la République » (Michel Charasse, p. 9).

On observera, à titre liminaire (en comptant sur la clémence de nos lecteurs pour cette remarque un peu triviale), que le prix de vente de l'ouvrage est particulièrement élevé (69 euros pour 216 pages). On pourrait s'attendre, à ce tarif, à un texte formellement irréprochable. La présence de coquilles (en nombre variable selon les contributions) s'avère donc embarrassante.

Notons également que le titre de l'ouvrage ne correspond pas tout à fait à son contenu, dans la mesure où n'est pas simplement étudié l'apport de Pierre au droit parlementaire, mais de façon plus générale son apport au droit constitutionnel et à certaines de ses disciplines connexes : outre les textes introductifs, l'ouvrage com-

¹⁰ D. CONNIL, A. DE MONTIS, P. JENSEL-MONGE (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du Parlement*, Bruxelles, Bruylant, à paraître en septembre 2023.

¹¹ Voir en ligne : <https://cep.univ-amu.fr/fr/propos-de-la-chaire>.

¹² On regrettera à cet égard que les jeunes docteurs spécialistes de droit parlementaire aient parfois du mal à trouver un poste dans une université, sous prétexte (l'argument revient souvent devant les comités de sélection) que l'université d'accueil n'aurait pas d'enseignement en droit parlementaire à leur confier...

prend trois parties, qui portent respectivement sur « Eugène Pierre et le droit constitutionnel » (p. 35 à 76), « Eugène Pierre et le droit électoral » (p. 77 à 106) et enfin « Eugène Pierre et le droit parlementaire » (cette dernière partie est aussi, comme on pouvait s'y attendre, la plus dense : p. 107 à 197). Sont ainsi notamment étudiés la souveraineté, la notion de Constitution ou le contrôle parlementaire dans les *Traités*, la vérification des pouvoirs ou encore les sources du droit parlementaire chez Eugène Pierre.

Sur le fond, même si l'ouvrage comporte des développements parfois très intéressants, il s'avère dans l'ensemble plutôt décevant. La tâche n'était sans doute pas aisée dans la mesure où, si Pierre a beaucoup écrit (dans l'introduction de l'ouvrage, Alain Delcamp mentionne une douzaine de titres de publications – en dehors des éditions successives de son célèbre *Traité*), il ne nourrissait pas, comme le rappellent la plupart des contributeurs, de véritable projet *doctrinal*.

Est-ce là la raison qui explique que, dans certaines contributions, l'œuvre de Pierre constitue simplement un point de départ pour l'étude et la discussion des évolutions les plus récentes du droit parlementaire, et notamment de l'importance de l'émergence du contrôle juridictionnel sur certains actes (à commencer bien entendu par les règlements) des assemblées, auparavant « souveraines » ? Ce prisme contentieux ne manque évidemment pas d'intérêt. Mais il peut désarçonner le lecteur, tant il semble incongru – pour ne pas dire un peu hors-sujet.

D'une part, parce que l'idée d'un contrôle juridictionnel aurait évidemment rebuté Eugène Pierre, viscéralement attaché à l'indépendance – pour ne pas dire à la souveraineté (voir p. 63 s.) – des assemblées (cela n'est d'ailleurs pas nié dans les contributions ici concernées). D'autre part et surtout, parce qu'accorder au contentieux constitutionnel une place qui n'est pas la sienne dans le droit parlementaire, c'est altérer ce qui fait l'une des spécificités de ce droit, à savoir, malgré une « montée en puissance des sources écrites¹³ », son faible encadrement normatif par le droit écrit¹⁴. Droit politique par excellence, « droit de précédents », fait d'une « compilation de pratiques¹⁵ », le droit parlementaire est rétif à sa « saisie » par le juge. Dans ces circonstances, la place accordée à ce dernier dans l'ouvrage nous a parfois semblé trop importante.

Dans la continuité de ce qui précède, l'ouvrage recensé ne comprend pas de contribution spécifique sur la méthode d'Eugène Pierre – on n'est toutefois pas sans savoir que les directeurs scientifiques d'un colloque n'ont pas complètement « la main » sur l'évènement, ni sur la publication qui en résulte, qui manifestent l'expression de la liberté académique des participants. Certes, la question de la méthode irrigue la plupart des textes composant l'ouvrage. Mais le recours abondant au droit comparé et à l'histoire constitutionnelle, qui révèlent une certaine conception du droit parlementaire et du droit constitutionnel (Eugène Pierre souligne par

¹³ E. THIERS, « Ontologie du droit parlementaire », in O. ROZENBERG et É. THIERS, *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 173.

¹⁴ « La singularité du droit parlementaire résulte historiquement de l'importance donnée aux sources non écrites qui naissent de la pratique des assemblées. Cela traduit à la fois l'autonomie des chambres dans l'élaboration des normes qu'elles s'appliquent mais aussi une grande capacité d'adaptation des règles aux circonstances politiques », *ibid.*, p. 172.

¹⁵ P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, LGDJ-Lextenso, 5^e éd., 2014, p. 17.

exemple que « les Constitutions se modifient par l'usage autant que par les révisions¹⁶ » ; il écrit aussi que « le droit politique change [...] avec les années, car ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent » (p. 26)), auraient probablement mérité une contribution à part entière.

Pour le reste, à l'exception des contributions d'Éric Oliva et de Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, qui portent respectivement sur « Eugène Pierre et la Constitution : une idée, un outil, une norme » et « Eugène Pierre et l'électorat », le Parlement est évidemment au cœur de ce livre, même dans les deux premières parties consacrées au droit constitutionnel et au droit électoral dans l'œuvre de Pierre. Ce dernier, héritier d'une dynastie de serviteurs des assemblées délibérantes, avait parfaitement intégré que l'existence des assemblées et leur libre fonctionnement étaient indispensables à tout régime qui se veut démocratique et libéral. En dehors de ses *Traités*, il leur a d'ailleurs consacré plusieurs autres ouvrages : une *Histoire des assemblées politiques en France du 5 mai 1789 au 8 mars 1876* (dont seul le tome premier couvrant la période 1789-1831 verra le jour en 1877), une enquête sur *La procédure parlementaire : étude sur le mécanisme intérieur du pouvoir législatif* (1887) et une autre sur le *Pouvoir législatif en temps de guerre* (1890).

Pour les assemblées parlementaires dont « la délibération est le genre rhétorique fondamental¹⁷ », le mode opératoire spécifique et le moyen de la manifestation de leur volonté, le bon déroulement des débats est la condition de l'efficacité de leurs travaux et, plus fondamentalement encore, une exigence *sine qua non* de l'exercice de leurs prérogatives. C'est parce que « la liberté suppose la discipline », comme le déclarait Mirabeau à la séance des États généraux du 25 mai 1789, qu'il est indispensable d'élaborer des règles d'organisation et de fonctionnement des assemblées délibérantes, de les faire connaître et respecter. « Le droit parlementaire, écrivait ainsi Pierre, est la science protectrice des assemblées parlementaires » (p. 15).

En définitive, il faut savoir gré à l'ouvrage d'avoir parfaitement mis en exergue le projet que nourrissait Eugène Pierre : l'enracinement des institutions (il faut aider le Parlement à « jeter de plus profondes racines dans un sol qui lui était aussi réfractaire par son origine que par sa culture » (p. 26)) et du régime parlementaire. Par son travail de « codification » minutieuse et infatigable des usages, pratiques et précédents parlementaires, par leur diffusion, il a su œuvrer, à une époque où celle-ci était encore fragile en France, à la consolidation de la République.

Elina Lemaire

Professeur de droit public à l'université de Bourgogne, CREDESPO, Institut Michel Villey.

¹⁶ E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, May et Motteroz, 1893, p. VI. Il notait également, dans *Politique et gouvernement*, Paris, May et Motteroz, 1896, p. 299, qu'une « constitution, même inviolée, n'est plus la même quand elle a beaucoup duré. Elle se modifie par son fonctionnement seul. Ceux qui l'ont vue naître ne la reconnaîtraient plus s'ils revenaient au monde. L'équilibre des pouvoirs que toute constitution cherche à assurer se trouve déplacé par le simple frottement des rouages ».

¹⁷ K. PALONEN, « Une histoire conceptuelle du Parlement », in O. ROZENBERG et É. THIERS (dir.), *Traité d'études parlementaires*, op. cit., p. 76.

Populisme et constitutionnalisme, les relations dangereuses

**G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism.
The Italian Case in a Comparative Perspective* (2021)**

« **C**omment les démocraties constitutionnelles peuvent-elles canaliser les revendications populistes sans mettre en péril l'héritage du constitutionnalisme de l'après-guerre ? » (p. 10).

Voici l'ambitieuse question qui anime l'ouvrage de Giuseppe Martinico, professeur de droit public comparé à l'École des études avancées Sant'Anna de Pise, publié en 2021 dans la prestigieuse collection *Comparative Constitutional Law and Policy* chez Cambridge University Press (215 pages).

Le titre de l'ouvrage répond de façon synthétique et explicite à ce questionnement : *Filtering Populist Claims to Fight Populism – Filtrer les revendications populistes pour combattre le populisme*.

Tel un chimiste qui fait passer des substances à travers un dispositif retenant les corps solides, l'auteur propose de prendre au sérieux les revendications populistes, de les analyser scientifiquement et d'accueillir les propositions « solides », c'est-à-dire celles qui non seulement sont compatibles avec le constitutionnalisme, mais qui peuvent aussi contribuer à le renforcer. Cette action de « filtrage » a un objectif précis : combattre le populisme, le neutraliser. Dès le titre, l'auteur prend ainsi clairement position par rapport au phénomène populiste qui, de toute évidence, est pour lui foncièrement négatif.

Le lecteur français – accoutumé, tout spécialement en droit, à des titres plus neutres ou nuancés – ne doit pas être induit en erreur par le choix d'un titre « engagé », en pensant se trouver face à un essai politique militant. Au contraire, il s'agit d'une monographie qui, sans jamais oublier la dimension politique du phénomène étudié, appréhende le populisme à travers les concepts et les instruments de la théorie constitutionnelle, et qui, au travers d'une analyse juridique fine, relève de l'ingénierie constitutionnelle.

Étudier le populisme en droit constitutionnel – L'un des intérêts de l'ouvrage réside précisément dans le fait que G. Martinico replace dans le champ du droit constitutionnel un phénomène qui, en Europe continentale, a été étudié principalement par des politistes et des sociologues. Ces derniers, depuis le symposium de 1967 organisé par la revue *Government and Opposition* à la London School of

Economics¹, ont proposé une contribution déterminante à sa définition, en essayant de marquer une distinction entre idéologie, style et « mentalité ». L'étendue géographique et chronologique de ce phénomène, comme son éclectisme, continuent d'alimenter les débats au sein des sciences sociales. Et il nous semble que, aujourd'hui encore, le travail de compréhension et de catégorisation de ce phénomène est loin d'être achevé².

C'est peut-être en raison de la difficulté d'appréhension, tout d'abord politique, de ce phénomène que les juristes, et notamment les constitutionnalistes, se sont intéressés tardivement au populisme. En outre, jusqu'aux années 1990, la science politique considérait ce phénomène comme caractérisant exclusivement les pays « en voie de modernisation³ », ce qui dissuadait davantage les constitutionnalistes européens d'étudier le populisme en droit interne.

Ce n'est qu'il y a une dizaine d'années, lorsque certains mouvements populistes ont accédé au pouvoir en Europe continentale⁴, que des juristes ont commencé à réfléchir au populisme en mobilisant les catégories du droit constitutionnel⁵. La question fondamentale a été celle de savoir s'il était possible d'établir un rapport entre le populisme et le constitutionnalisme et de penser donc ce phénomène au sein des démocraties occidentales.

De façon assez naturelle, ces études ont été développées principalement par des auteurs venant de pays européens qui ont été gouvernés ou sont gouvernés par des partis ou des mouvements politiques considérés comme populistes⁶. En raison des

¹ Voir M. TARCHI in *Italia populista*, Bologne, Il Mulino, 2015, p. 26 sq.

² Parmi les publications récentes en langue anglaise et française, voir J. W. MÜLLER, *What is populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016 ; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017 ; C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, *Populism: a very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2017 ; G. FITZL, J. MACKERT, B. S. TURNER (dir.), *Populism and the Crisis of Democracy. Vol. 1 : Concepts and theory*, Londres, Routledge, 2018 ; F. TARRAGONI, *L'esprit démocratique du populisme*, Paris, La Découverte, 2019 ; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, Théorie, critique*, Paris, Seuil, 2020 ; J. GAUBERT, *Malaise dans la démocratie contemporaine. Que faire du populisme ?*, Paris, Kimé, 2021 ; P. PERRINEAU, *Le populisme*, Paris, PUF, 2021.

³ M. TARCHI, *Italia populista*, op. cit., p. 8.

⁴ Dans le contexte anglo-américain, en revanche, des écrits de constitutionnalistes sur ce thème apparaissent bien avant : voir J. BALKIN, « Populism and Progressivism as Constitutional Categories », *Yale Law Journal*, vol. 104, n° 7, 1995, p. 1935 ; A. R. AMAR, « A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism », *Fordham Law Review*, 1997, p. 1657 ; J. BELL, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*, Washington, Regnery Gateway, 1992.

⁵ « Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism [...] There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic », L. CORRIAS, « Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6.

⁶ Parmi les études sur les cas hongrois et polonais, voir : G. HALMAI, « Is there such thing as "Populist Constitutionalism" ? The case of Hungary », *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 11, n° 3, 2018, p. 323 sq ; T. PAPPAS, « Populist Democracies: Post-Authoritarian Greece and Post-Communist Hungary », *Government and Opposition*, vol. 49, 2013, p. 1 sq ; C. CLOSA, D. KOCHENOV (dir.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 ; A. BOGDANDY, P. SONNEVEND (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford,

nombreux mouvements politiques populistes qui se sont développés en Italie à partir de l'ère républicaine (1946) et de la récente expérience d'un gouvernement entièrement populiste (2018-2019), les constitutionnalistes de nationalité italienne ont été assez prolifiques, en publiant à la fois en anglais et en italien⁷. En revanche, les constitutionnalistes français l'ont beaucoup moins été⁸. Cela est peut-être dû au fait que – suivant les catégories des politistes⁹ – s'il existe bien en France un « populisme d'opposition », il n'y a jamais eu un populisme « de gouvernement », c'est-à-dire un Président de la République et un premier ministre issus d'un parti politique populiste. Les constitutionnalistes français ont alors considéré qu'il n'y avait pas d'actualité nationale en la matière. Une autre raison tient peut-être aussi à l'évolution de la manière française de faire du droit constitutionnel. Depuis la fin des années 1980, les objets « politiques » ont eu tendance à être délaissés au profit du droit constitutionnel contentieux. Dans tous les cas, le populisme est un objet qui, en France, a été délaissé aux politistes qui, en revanche, ont donné une contribution déterminante à la réflexion internationale sur ce sujet¹⁰.

Beck/Hart/Nomos, 2015 ; G. MESEZNIKOV, O. GYÁRFÁSOVÁ, D. SMĚLOV (dir.), *Populist Politics and Liberal Democracy in Central and Eastern Europe*, Bratislava, Institute for Public Affairs, 2008.

⁷ C. PINELLI, « The Populist Challenge to Constitutional Democracy », in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 5 ; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, *Questione Giustizia*, n° 1, 2019 [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/585/qg_2019-1_03.pdf] ; L. CORRIAS, « Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », art. cité ; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, Londres, Palgrave Macmillan, 2020 ; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Naples, Ed. Scientifica, 2020 ; C. A. CIARALLI, *Populismo movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Naples, Ed. Scientifica, 2022 ; G. DELLEDONNE, GIACOMO, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Milano, Mondadori, 2022.

⁸ Voir parmi les études publiées : C. M. HERRERA (dir.), « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 83-114 ; C. M. HERRERA, « Le populisme constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, xxxiv, 2018, p. 699-711 ; T. FOURNIER, « From Rhetoric to Action : A Constitutional Analysis of Populism », *German Law Journal*, n° 3, 2019, p. 362 ; N. HAUPAIS, T. POUTHER, P. SZWEDO, W. ZAGORSKI (dir.), *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Paris, LGDJ, 2021 ; C.-M. PIMENTEL, « Le populisme couronné. Essai sur un jeu de rôles institutionnel », *Jus Politicum*, n°27, 2022, [<http://www.juspoliticum.com/article/Le-populisme-couronne-essai-sur-un-jeu-de-roles-institutionnel-1449.html>]. Parmi les études à paraître, nous nous permettons de renvoyer à : A. DUFFY, N. PERLO (dir.), *L'influence du populisme sur les changements constitutionnels*, Aix-en-Provence, Confluences des droits, à paraître en 2023. À noter, toutefois, que – exception faite pour l'article de Théo Fournier – l'ensemble de ces publications n'a pas pour objet spécifique l'ordre constitutionnel français.

⁹ M. ANSELMINI, P. BLOKKER E N. URBINATI (dir.), *Populismo di lotta e di governo*, Milano, Feltrinelli, 2018.

¹⁰ J. GAUBERT, *Malaise dans la démocratie contemporaine. Que faire du populisme ?*, op. cit. ; Y. MENY, Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Paris, Fayard, 2000 ; P. PERTINEAU, *Le populisme*, op. cit. ; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, Théorie, critique*, op. cit. ; F. TARRAGONI, *L'esprit démocratique du populisme*, op. cit. ; P.-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste*, Paris, Berg International, 2002 ; G. HERMET, *Les populismes dans le monde*, Paris, Fayard, 2001 ; C. DELSOL, *La nature du populisme ou les figures de l'idiot*, Nice, Ovidia, 2008 ; M. WIEVIORKA, *La démocratie à l'épreuve. Nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La Découverte, 1993.

Toutefois, certains politistes français¹¹ et étrangers ont décrit le « macronisme » comme une forme de populisme. Emmanuel Macron, tout comme l'italien Matteo Renzi, serait un « anti-populiste populiste », en raison de la personnalisation du leadership et du changement radical impulsé à l'organisation, à la structure et à la culture du parti politique¹².

L'existence d'une actualité constitutionnelle en la matière (ou non) dépend donc essentiellement de la qualification des mouvements politiques retenue par le chercheur. Ce constat révèle toute la complexité d'un sujet à la frontière du droit et du politique, fatalement conditionné en amont par des appréciations qui ne sont pas que juridiques et qui, de plus, sont caractérisées par une très forte incertitude définitoire.

L'un des apports de l'ouvrage de G. Martinico est alors de démontrer que le populisme peut et doit être étudié par les constitutionnalistes, avec les instruments et les catégories épistémologiques qui sont les leurs, tout en acceptant, d'une part, de se référer aux catégories de la science politique pour définir et circonscrire le phénomène (p. 11-16) et, d'autre part, d'assumer pleinement l'orientation axiologique de l'analyse. En ce sens, dans son étude, Martinico ne cache pas les convictions qui le guident non seulement dans l'analyse juridique, mais aussi, en amont, dans le choix des écrits des politistes.

Un auteur de conviction – Par ailleurs, tous les ouvrages écrits par Giuseppe Martinico – sans compter les très nombreux articles – montrent la cohérence de son double engagement en défense du constitutionnalisme né des cendres de la Seconde Guerre mondiale, et en faveur du processus constituant européen¹³ : *diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Turin, Giappichelli, 2019.

L'intitulé de son dernier ouvrage, publié en 2019, *Le droit constitutionnel comme espoir*, est très évocateur de la pensée de cet auteur, passionné et passionnant, qui voit dans l'idéologie d'un constitutionnalisme « ouvert¹⁴ » et « contre-majori-

¹¹ J. SARDES, D. PEYRAT, « Le macronisme : un nouveau type sournois de populisme ? », *Humanisme*, 2017/4, n° 317, p. 59-64.

¹² L. VIVIANI, « Populist Anti-party Parties » in P. BLOKKER, M. ANSELMINI (dir.), *Multiple Populisms: Italy as Democracy's Mirror*, Abingdon, Routledge, 2020, p. 106.

¹³ L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo, Naples, Jovene, 2009 ; Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione, Rome, Aracne, 2011 ; The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe, Abingdon, Routledge, 1^{re} éd. 2012, 2^e éd. (2022) ; Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec, Turin, Giappichelli, 2019. Martinico a également été le co-auteur de deux monographies : G. MARTINICO, L. I. GORDILLO, *Historias del Pais de las Hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas, Thomson-Reuters, 2015 ; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, Elgar, 2012.

¹⁴ « In this section I shall examine openness understood as one of the building blocks of post-WWII constitutionalism. By openness, I mean the constitutionally established friendliness ("Freundlichkeit") towards legal sources that are, from a formal point of view, external to those governed by the national system, or, in other words, that are not produced by national actors (and, as such, are not traceable to the general will of the people) in charge of the law-making functions according to the constitution. As recalled, openness is one of the most evident features

taire » (p. 32-33) la réponse aux difficultés multiples que la coexistence des individus pose au niveau national et supranational. Une réponse qui, pour G. Martinico, est nettement opposée à celle nationaliste, clivante, anti-pluraliste et anti-européenne donnée par les populistes.

Or, le positionnement axiologiquement orienté de G. Martinico pourrait être contesté par ceux qui considèrent que militantisme et science ne vont pas de pair. Au vu des réflexions récentes de certains constitutionnalistes – tout spécialement anglophones¹⁵ –, nous tenons tout d’abord à préciser que G. Martinico n’est pas un « scholactivist », tel que décrit et critiqué par le constitutionnaliste Tarunabh Khaitan dans son éditorial paru à la revue *I-CON*, à l’été 2022¹⁶. T. Khaitan définit le *scholactivism* – « a combination of “scholarship” and “activism” » – comme « une recherche caractérisée par l’existence d’une motivation à poursuivre directement des résultats matériels spécifiques (c’est-à-dire des résultats qui ne sont pas simplement discursifs)¹⁷ ». En ce sens, le « scholactivism is inherently contrary to the “role morality” of a scholar¹⁸ ». Soyons clairs sur ce point, Giuseppe Martinico ne poursuit aucun objectif « matériel ». Il entend contribuer à la connaissance, à la transmission du savoir et à la réflexion scientifique collective sur des thématiques centrales pour le droit constitutionnel aujourd’hui.

En revanche, G. Martinico est bien un « constitutionnaliste », dans le sens donné à ce terme par le professeur Gustavo Zagrebelsky, en décembre 2022, lors d’une conférence¹⁹ sur la neutralité de la recherche en droit constitutionnel. Selon l’ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, puisque le constitutionnalisme est une idéologie issue d’une philosophie politique historiquement déterminée, l’enseignement et la recherche en droit constitutionnel ne peuvent pas être axiologiquement neutres, mais ils impliquent une adhésion intime de l’enseignant-chercheur aux valeurs que les constitutions démocratiques véhiculent. En revanche, les juristes qui considèrent les constitutions comme des purs objets d’ingénierie constitutionnelle, pouvant faire l’objet d’une étude axiologiquement neutre, ne sont pas des « constitutionnalistes », mais des « constitutionnistes ». Selon Zagrebelsky, les « constitutionnistes » passent à côté de l’essence des constitutions, qui ne sont pas seulement des normes formellement supérieures (*lex*),

characterising these texts, and it is possible to find the roots of this phenomenon even earlier, looking back at what Mirkin-Guetzevitch called the “internationalization of modern constitutions”, in the 1930s. In other words, openness seems to belong within the core of the “*nouvelles tendances du droit constitutionnel*” », p. 100.

¹⁵ Voir R. FARNUM, « Scholactivism: A Growing Movement of Scholar-Activists », *University World News*, 3 juin 2016 [https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20160530142606345] ; L. LAZARUS, « Constitutional Scholars as Constitutional Actors », *Federal Law Review*, vol. 48, 2020, p. 483 ; A. BOGG, « Can We Trust the Courts in Labour Law? Stranded Between Frivolity and Despair », *International Journal of Comparative Labour Law*, 38 103, 2022, p. 134 ; J. KOMÁREK, « Freedom and Power of European Constitutional Scholarship », *European Constitutional Law Review*, 17, 422, 2021 ; P. SANDRO, « Constitutional Democracy and The Sound of (Academic) Silence », *Verfassungsblog*, 21 déc. 2021 [https://verfassungsblog.de/constitutional-democracy-and-the-sound-of-academic-silence/].

¹⁶ T. KHAITAN, « On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts », *I-CON*, vol. 20, n°2, 2022, p. 547-556.

¹⁷ *Ibid.*, p. 548.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ La conférence s’est tenue le 1^{er} décembre 2022 à la faculté de droit de l’Université d’Aix-Marseille. Elle peut être visionnée ici : <https://www.youtube.com/watch?v=vvmmGXWEU58>.

mais aussi des normes matériellement suprêmes, porteuses de valeurs fondatrices (*ius*)²⁰.

Par conséquent, la neutralité axiologique serait tout simplement incompatible avec le travail du « constitutionnaliste ».

C'est ainsi qu'il faut comprendre, à notre avis, l'« engagement » de G. Martinico : son adhésion intime aux valeurs du constitutionnalisme le conduit à choisir d'étudier le populisme, afin d'enquêter, dans un premier temps, sur « les tensions existant entre le populisme et le constitutionnalisme », pour ensuite dévoiler « comment les populistes au pouvoir utilisent et manipulent les catégories de la théorie constitutionnelle et les instruments du droit constitutionnel » (p. 5) en les vidant de leurs sens. Le combat contre le populisme passe donc par une connaissance fine de l'impact de ce phénomène sur les ordres constitutionnels et par des propositions juridiques concrètes pour résister à son déferlement.

La méthode comparative – Le sous-titre de l'ouvrage annonce également la méthode de l'étude : *The Italian Case in a Comparative Perspective*. G. Martinico n'effectue pas « a parochial analysis of recent developments in Italy » (p. 4). L'Italie est l'exemple emblématique « of post-WWII constitutionalism » duquel l'auteur part pour réfléchir aux rapports entre populisme et constitutionnalisme en Occident. Ainsi, de façon systématique, G. Martinico se livre à une comparaison diachronique et synchronique, illustrant ses propos par de nombreux exemples d'autres ordres juridiques nationaux et supranationaux, dans le passé et dans le présent, qui, selon les cas, convergent ou divergent de l'ordre constitutionnel italien. Ce dernier reste tout de même l'objet principal de l'analyse de l'auteur. Il s'agit donc foncièrement d'une étude de droit étranger, menée de façon dynamique, en prenant en compte les évolutions historiques, politiques et juridiques au sein desquelles l'ordre constitutionnel italien évolue de 1945 à nos jours.

Le caractère exemplaire du cas italien – L'intérêt particulier du cas italien est démontré de façon très convaincante. Si, de façon intuitive, on aurait tendance à lier le caractère emblématique de l'expérience italienne au foisonnement des mouvements et des partis populistes dès 1945, Martinico, sans nier cette spécificité²¹, préfère axer son argumentaire sur le caractère paradigmatique du constitutionnalisme italien. Fidèle à son approche de « constitutionnaliste » qui étudie le populisme par le droit, Martinico explique que l'Italie est « a prime example of post-World War II constitutionalism, the product of a series of fundamental choices made at the end of the awful experience of Nazi-fascism, which has inevitably reshaped the original features of constitutionalism as both a philosophical movement and set of instruments to tame political power » (p. 4).

Bien évidemment, l'Allemagne aussi est un autre exemple incontournable du constitutionnalisme européen d'après-guerre, mais, nous dit Martinico, d'une part, le processus constituant italien est « a more genuine example of a constituent phase because of the lesser impact of foreign influences » (p. 38) et, d'autre part, à la différence de l'Allemagne, l'Italie n'a pas fait le choix d'être une démocratie militante. L'ordre italien offre alors un cadre privilégié pour réfléchir, de façon théorique et concrète à la fois, sur les relations entre constitutionnalisme, inclusion et populisme (p. 4).

²⁰ Pour ces développements, voir G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Turin, Einaudi, 2009, p. 5-21.

²¹ L'auteur analyse les différents mouvements populistes italiens, de 1946 à nos jours, p. 49-62.

Le focus sur le cas italien poursuit aussi, à notre avis, un autre objectif, moins affiché²², qui est celui de promouvoir la connaissance de l'ordre constitutionnel italien, de sa doctrine et de sa jurisprudence, au niveau international, par la publication d'ouvrages en anglais. Il s'agit d'une stratégie relativement récente, promue par certains chercheurs italiens et qui, de fait, contribue de façon déterminante à faire connaître les auteurs et le système juridique italiens dans le monde²³.

La structure de l'ouvrage – Ce volume de 215 pages se structure en sept chapitres. Les deux premiers posent les bases théoriques de la réflexion, tout en expliquant le contexte juridique concret de l'analyse comparative : le chapitre (1) développe une réflexion théorique sur les rapports entre populisme et constitutionnalisme, tandis que le chapitre (2) présente les spécificités du constitutionnalisme italien de l'après-guerre et du contexte politique dans lequel il évolue (I). Les deux chapitres suivants montrent comment les populistes instrumentalisent les théories constitutionnelles, notamment le principe de souveraineté (3), ainsi que les mécanismes constitutionnels, notamment le référendum (4), en adoptant des postures de mimétisme et de parasitisme qui finissent par vider, de l'intérieur, le constitutionnalisme de tout son sens (II). Les chapitres (5) et (6) sont consacrés au Mouvement des 5 Étoiles lequel, en 2018, est arrivé au pouvoir en créant une coalition avec la Ligue, un parti d'extrême droite. Puisque les revendications du Mouvement attaquent de front certains piliers de la démocratie représentative, Martinico analyse l'impact concret des 5 Étoiles au pouvoir sur le fonctionnement des institutions italiennes (III). C'est dans le chapitre conclusif (7) que Martinico illustre sa thèse sur la nécessité de « filtrer » les revendications populistes afin de les rendre compatibles avec le constitutionnalisme italien (IV).

Nous présenterons alors ces quatre « moments » de la réflexion développée par G. Martinico, tout en mettant en avant certaines observations que la lecture de l'ouvrage nous a suscité.

I. LA MISE EN CONTEXTE THEORIQUE ET CONCRETE DE L'ETUDE

G. Martinico situe son étude au sein du vaste débat sur la relation entre constitutionnalisme et populisme. En présentant de façon très claire les différentes approches (p. 26-28), il propose une troisième voie, entre les deux perspectives suivantes.

Le premier courant de pensée considère qu'entre constitutionnalisme et populisme l'opposition est radicale. Le populisme serait « l'ennemi le plus dangereux et insidieux de la démocratie constitutionnelle », puisqu'il corromprait de l'intérieur le processus démocratique²⁴. Les éléments caractérisant le populisme seraient dès

²² G. Martinico affirme tout de moins que le cas italien est moins connu que celui allemand, à l'international (p. 38).

²³ Voir notamment : M. CARTABIA, N. LUPO, *The Constitution of Italy*, Londres, Bloomsbury, 2022 ; V. BARSOTTI, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2015. En 2009, a été également créée par des universitaires italiens une revue sur le droit public italien rédigée entièrement en anglais : *Italian Journal of Public Law* [<https://www.ijpl.eu/>].

²⁴ A. SPADARO, « Costituzionalismo versus populismo », in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (dir.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Naples, Jovene, 2009, p. 16

lors intrinsèquement incompatibles avec l'idéologie du constitutionnalisme libéral, et notamment avec l'idée selon laquelle celui qui bénéficie de la légitimation populaire serait au-dessus des lois et de la Constitution (*vox populi vox dei*), la conception d'une démocratie anti-pluraliste, la réduction du débat public à l'opposition ami-ennemi, le refus des institutions contre-majoritaires, l'appel à une révision constitutionnelle permanente²⁵.

Si cette première approche délégitime, foncièrement, toute réflexion sur la relation entre populisme et constitutionnalisme, le second courant, en revanche, défend l'idée qu'il est possible de penser cette relation. Le point de départ du populisme et du constitutionnalisme est en effet commun : la méfiance vis-à-vis du pouvoir politique²⁶. En outre, le populisme ne peut pas s'empêcher d'avoir recours en permanence aux catégories propres du constitutionnalisme : le peuple, la majorité, la souveraineté, la démocratie, le pouvoir constituant, parmi d'autres²⁷.

Toujours au sein de ce courant, d'autres auteurs observent que la démocratie est caractérisée par une tension constante entre le constitutionnalisme – qui renvoie à la dimension de l'ordre – et le populisme – qui renvoie à la souveraineté populaire. L'attitude des populistes vis-à-vis de la constitution ne serait donc pas exclusivement destructive, mais au contraire, elle tenterait de rééquilibrer la tension constante entre les deux dimensions de la démocratie, dans un contexte de forte délégitimation des institutions démocratiques²⁸. Il serait alors possible de parler d'un « populist constitutionalism ».

G. Martinico rappelle qu'en fonction des auteurs, cette expression renvoie à des réalités très différentes (p. 27). Selon certains, le constitutionnalisme populiste renvoie au projet constitutionnel des démocraties illibérales²⁹ ; d'autres l'utilisent en revanche pour se référer au débat américain sur le « popular constitutionalism³⁰ ».

[https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0145_spadaro.pdf].

²⁵ En ce sens, voir aussi C. PINELLI, « The Populist Challenge to Constitutional Democracy », art. cité, 2011, p. 5-16. En science politique, Y. Mény et Y. Surel arrivent aux mêmes conclusions : « The Constitutive Ambiguity of populism », in Y. MÉNY, Y. SUREL (dir.), *Democracies and the Populist Challenge*, Londres, Palgrave Macmillan, 2002, p. 9.

²⁶ R. CHIARELLI, « Il populismo nella Costituzione italiana », in R. CHIARELLI (dir.), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2015, p. 177.

²⁷ Selon Luigi Corrias, le populisme sollicite tout particulièrement les concepts de la tradition constitutionnelle révolutionnaire. En ce sens, le populisme serait une théorie constitutionnelle « qui combine des lectures spécifiques des théories du pouvoir constituant, de la souveraineté populaire et de l'identité constitutionnelle ». L. CORRIAS, « Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », art. cité, p. 9-11.

²⁸ Paul Blokker reprend ici les réflexions de Mény et de Surel sur la tension fondamentale qui caractérise les démocraties, tiraillées entre populisme et constitutionnalisme (Y. MÉNY, Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple*, op. cit.), ce qui lui permet de s'interroger sur leur complémentarité. P. BLOKKER, « Populism and Constitutional Reform. The Case of Italy », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, op. cit., p. 12 ss.

²⁹ Il arrive ainsi à théoriser l'existence d'un « constitutionnalisme populiste », dont les caractères sont décrits in P. BLOKKER, « Populism as a Constitutional Project », *International Journal of Constitutional Law*, n° 2, 2019, p. 537.

³⁰ L. CORSO, « Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana », *Ragion Pratica*, n° 1/2019, p. 215.

Ajoutons par ailleurs que d'autres auteurs encore, à travers l'expression « populist constitutionalism », défendent l'idée que le populisme et le constitutionnalisme sont liés par un rapport d'influence et de contamination mutuelles. D'un côté, le populisme apporterait de la lymphe vitale à une démocratie représentative intrinsèquement fragile³¹. De l'autre côté, le constitutionnalisme contribuerait à limiter les dérives subversives des forces populistes. Les auteurs qui défendent cette thèse opèrent souvent une distinction entre le « bon » populisme – situé plutôt à gauche – qui participe à cet échange permanent avec le constitutionnalisme, et le « mauvais » populisme – d'extrême droite et à tendance autoritaire – qui serait en revanche incompatible avec le constitutionnalisme³².

La troisième voie, proposée par Giuseppe Martinico, suggère, d'une part, tout comme la deuxième approche, de prendre au sérieux la contiguïté existante entre populisme et constitutionnalisme et, d'autre part, comme la première, de refuser d'un point de vue théorique le concept de « constitutionnalisme populiste » (p. 27). En ce sens : « It is possible to say that constitutionalism and populism share something, in the sense that they are both based on a profound sense of distrust towards political power », mais « in my opinion, there is no populist constitutional theory at all » (p. 27).

Pour G. Martinico, le populisme s'oppose frontalement au constitutionnalisme de l'après-guerre puisqu'il est caractérisé par trois éléments essentiels, « extreme majoritarianism, politics of immediacy and identity politics » (p. 15), alors que le constitutionnalisme est fondé sur le pluralisme, la représentation et une générale ouverture vis-à-vis des organisations supranationales. L'expression « populist constitutionalism » est donc selon lui un oxymore (p. 22).

L'opposition conceptuelle radicale entre le phénomène populiste et l'idéologie constitutionnaliste n'empêche pas, toutefois, de penser leurs relations. Bien au contraire, G. Martinico, fidèle à son engagement, semble nous dire qu'il *faut* les penser afin de dévoiler la démarche populiste et mieux la combattre. Les populistes, en effet, instrumentalisent les catégories constitutionnelles dans un but opportuniste, d'autolégitimation. Ils construisent une « contre-narration constitutionnelle en utilisant les concepts de la théorie constitutionnelle » (p. 27). Pour G. Martinico, il s'agit de stratégies de « mimétisme » et de « parasitisme », élaborées par les populistes au détriment du constitutionnalisme.

Par « mimétisme », G. Martinico entend la stratégie des populistes de se présenter comme respectueux et compatibles avec les principes du constitutionnalisme, alors qu'ils en subvertissent le sens (p. 17). En continuant le parallèle avec la biologie, le populisme « parasiterait³³ » la démocratie constitutionnelle puisqu'il se développerait en son sein, mais au détriment de celle-ci (p. 17).

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde souligne le « dilemme » de « l'État libéral sécularisé », qui tient à ce qu'il « vit sur le fondement de présupposés qu'il ne peut lui-même garantir » (E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in E.-W. BÖCKENFÖRDE (dir.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, textes réunis, traduits et présentés par O. Jouanjan (avec la collaboration de W. Zimmer et O. Beaud), Bruylant/LGDJ, 2000, p. 101-118). En ce sens, voir aussi A. GAILLET, M. WENDEL, « Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD », in A. DUFFY, N. PERLO, *L'influence du populisme sur les changements constitutionnels*, *op. cit.*, à paraître.

³² En ce sens, voir A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, *op. cit.*

³³ L'auteur s'inspire de la réflexion de T. FOURNIER, « From Rhetoric to Action : A Constitutional Analysis of Populism », *op. cit.*, p. 362.

C'est alors en termes de stratégies, mimétique et parasitaire, que G. Martinico analyse dans les chapitres suivants les rapports entre les populismes et le constitutionnalisme. Bien que ces stratégies soient inhérentes à tous les populismes – il suffit de penser à la stratégie de « dédramatisation » poursuivie depuis longtemps par le Rassemblement National en France –, l'étude se concentre tout particulièrement sur le cas italien.

Pour ce faire, l'auteur passe de la théorie à la pratique et explique d'une façon particulièrement réussie le contexte historico-politique dans lequel sont nés le constitutionnalisme et le populisme italiens. L'antithèse ontologique entre les deux phénomènes apparaît clairement dans son récit : si le constitutionnalisme italien « naît de la Résistance³⁴ » antifasciste, la nouvelle vague populiste a pu se développer, selon lui, grâce à un contexte culturel « qui n'a jamais fait les comptes avec le passé fasciste » (p. 49).

Cela signifie-t-il que le populisme italien est foncièrement fasciste et, pour cette raison, il est incompatible avec le constitutionnalisme démocratique de l'après-guerre ? G. Martinico est un analyste politique trop raffiné pour affirmer cela. Il précise que les mouvements populistes ne doivent pas être confondus avec les forces d'extrême droite (p. 43) et que la Ligue et le Mouvement 5 Étoiles ne sont pas « fascistes » (p. 44). Toutefois, il est convaincu que l'absence d'une prise de conscience sérieuse et officielle des fautes du fascisme à travers une expérience collective telle que celle du procès de Nuremberg a créé une « atmosphère culturelle » propice aux populismes (p. 44).

Adhérer au constat de l'échec partiel de la transition démocratique italienne ne nous empêche cependant pas d'exprimer quelques réserves sur l'existence d'un rapport de causalité directe entre le déni mémoriel du fascisme et la naissance des nombreux mouvements populistes italiens. Si l'on raisonne dans une perspective comparée, en Allemagne, malgré le procès de Nuremberg et malgré l'adoption d'une conception militante de la démocratie, des mouvements philo-nazis ont continué d'exister et la politique allemande n'est pas épargnée du phénomène populiste³⁵. En France, alors qu'après la Libération, de Gaulle a littéralement effacé l'existence du régime fasciste de Vichy par le droit³⁶, en choisissant d'opérer une transition démocratique fondée sur l'oubli, le nombre de mouvements populistes reste inférieur à l'Italie.

Par conséquent, il ne nous semble pas absolument certain que les modalités de la transition démocratique soient déterminantes pour expliquer l'essor du populisme. En particulier, le choix de G. Martinico de se référer à la notion développée par Umberto Eco de « fascisme éternel », qui se veut décontextualisée du régime mussolinien (p. 43), risque à notre avis de créer des confusions qui peuvent nuire à la compréhension des différents phénomènes.

Toutefois, malgré cette référence, G. Martinico ne confond pas la nature et l'esprit des différents mouvements populistes qui se sont affirmés au cours de l'histoire de l'Italie républicaine (de 1946 à nos jours) (p. 49-62). Bien au contraire, il illustre de façon très efficace la diversité des contextes socio-culturels des leaders – deux

³⁴ C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padoue, Cedam, 1973, p. 222.

³⁵ Voir à ce sujet : A. GAILLET, M. WENDEL, « Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD », art. cité.

³⁶ Notamment, via l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

journalistes, un entrepreneur milliardaire, un juge, un comique, un politicien de long cours, un professeur des Universités –, la diversité de leurs revendications et de leurs objectifs – malgré l’existence de certaines constantes –, ainsi que les différences de leurs collocations sur l’échiquier politique – de l’extrême droite, au centre, à la gauche, jusqu’à l’extrême gauche.

Une fois posés les jalons contextuels de l’analyse, le deuxième « moment » de l’ouvrage se concentre sur le présent. L’auteur illustre comment, concrètement, les populistes italiens et d’ailleurs manipulent les catégories du droit constitutionnel, en les vidant de leur sens, afin de poursuivre des objectifs qui minent les fondements du constitutionnalisme.

II. LES STRATEGIES DE MIMETISME ET DE PARASITISME EN ACTION

A. L’anti-européanisme

G. Martinico identifie une constante importante des populismes italiens et, plus généralement, européens : l’antieuropéanisme, qui n’est qu’une forme de souverainisme.

En se livrant à une comparaison fort instructive entre le cas italien et le cas hongrois, G. Martinico explique que les populistes de droite comme de gauche développent un discours visant à faire de l’Union européenne une source dangereuse d’homogénéisation, qui « porte atteinte aux valeurs traditionnelles et à l’identité nationale » (p. 66).

À travers l’analyse d’une décision de la Cour constitutionnelle hongroise de 2016³⁷, l’auteur montre, d’une part, comment celle-ci a manipulé le concept d’identité nationale issu de l’article 4 du Traité UE en le lisant comme un concept isolé, et, d’autre part, comment elle l’a interprété à la lumière de son propre concept d’identité constitutionnelle. Cette affaire illustre bien le fonctionnement des stratégies de mimétisme et de parasitisme qui ont servi, ici, à justifier une revendication qui va à l’encontre de l’essence même des traités de l’UE (p. 68).

Si, en Italie, la Cour constitutionnelle reste fidèle aux valeurs du constitutionnalisme, en revanche, le souverainisme populiste italien trouve un soutien chez certains universitaires³⁸. Ces derniers, nous dit G. Martinico, usent de leur autorité pour renforcer la conviction que l’intégration européenne a été un « coup d’État constitutionnel », accepté par l’élite supranationale et nationale ; qu’elle n’accorde aucune possibilité de préserver l’identité constitutionnelle ; et qu’elle mine les bases de la souveraineté nationale (p. 85). La coexistence entre les traités de l’UE et la Constitution italienne serait donc impossible.

La présentation de ces thèses (p. 70-77) est très intéressante puisqu’elle montre que les populistes italiens ont aussi un ancrage au sein des élites – celles-là mêmes qui sont souvent la cible de leurs attaques –, et que ces élites contribuent à donner

³⁷ Cour constitutionnelle hongroise, déc., n° 22/2016 [<https://hunconcourt.hu/dontes/decision-22-2016-on-joint-exercise-of-competences-with-the-eu/>]

³⁸ Il s’agit du professeur de philosophie du droit Paolo Becchi, qui a écrit un *Manifesto sovranista*, Cesena, Giubilei Regnani, 2019 ; du conseiller d’État Luciano Barra Caracciolo ; du professeur de droit privé Giuseppe Valditara, actuellement ministre de l’Éducation dans le gouvernement Meloni ; et du professeur de droit comparé Alessandro Somma.

une stature théorique – et donc une plus grande crédibilité – à des revendications souvent argumentées de façon grossière par les leaders populistes.

C'est alors à ces écrits académiques que G. Martinico oppose sa réflexion afin de démontrer que la prétendue opposition entre la souveraineté nationale et l'ordre de l'Union est construite sur la base d'une lecture mimétique et manipulatrice de la Constitution.

Sans entrer dans les détails de l'organisation italienne des rapports entre les systèmes nationaux et supranationaux – pour l'analyse desquels nous conseillons la lecture des travaux de l'auteur³⁹ –, il nous suffira ici d'indiquer que G. Martinico revient sur les débats au sein de l'Assemblée constituante (1946-1947). Ces derniers démontrent la volonté des constituants italiens de suivre les « nouvelles tendances du droit constitutionnel » qui, à partir de la Constitution de Weimar de 1919, vont dans le sens d'une internationalisation des constitutions (p. 91)⁴⁰. C'est en cela que consiste l'« ouverture » du constitutionnalisme italien : le choix du dualisme n'exclut pas la possibilité d'intégrer le droit supranational dans le droit national. Et si la souveraineté est, par ce biais, limitée, elle n'est pas pour autant annihilée, comme l'élaboration de la théorie des contre-limites par la Cour constitutionnelle italienne l'illustre bien. Ainsi :

By opening up to the law of the international community, EU post-WWII constitutions have not renounced sovereignty. On the contrary, they have tried to come up with a balance between sovereignty and openness which enables international and EU law to participate in the historical mission developed by constitutionalism. This explains the growing success of the ECHR and EU law that has given an added value to the protection of fundamental rights at the national level (p. 98).

De toute évidence, le nationalisme souverainiste des populistes est incompatible avec le souverainisme « ouvert » qui caractérise le constitutionnalisme contemporain.

B. L'instrumentalisation du référendum

Si la manipulation du concept de souveraineté nationale par les populistes ne permet pas d'identifier des éléments qui peuvent être « filtrés » et rendus compatibles avec le constitutionnalisme, l'instrumentalisation du concept de démocratie directe et, tout particulièrement, du mécanisme référendaire, laisse apercevoir des possibilités de conciliation entre les revendications populistes et le constitutionnalisme.

Dans le cas italien, c'est tout particulièrement le Mouvement 5 Étoiles qui invoque le dépassement de la démocratie représentative par l'établissement d'une démocratie directe fondée sur les nouvelles technologies.

Sans surprise, les populistes 5 Étoiles prônent une politique de l'immédiateté. Mais celle-ci trouve de nouveaux développements à la faveur des nouvelles possibilités offertes par Internet et les réseaux sociaux. Ainsi, le peuple, sollicité pour s'exprimer sur toute prise de décision publique, s'exprimerait par le biais de plate-

³⁹ G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, Abingdon, 2^e éd., 2022.

⁴⁰ L'auteur cite en ce sens les travaux de B. MIRKINE-GUETZEVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1931.

formes Internet. Sa volonté serait ainsi exaucée rapidement. La création de la plateforme Rousseau par le Mouvement 5 Étoiles est en ce sens pionnière : sur la plateforme les adhérents du Mouvement échangent, s'expriment et surtout votent toute décision adoptée par les leaders.

Les raisons de la méfiance des constitutionnalistes vis-à-vis de la démocratie directe et, en particulier, vis-à-vis de l'instrument référendaire sont trop connues en France pour être rappelées. À juste titre, G. Martinico cite le fameux échange entre Carré de Malberg et Mirkin Guéztevhich à ce sujet (p. 105) et rappelle les dangers des politiques de l'immédiateté : « the politics of immediacy could kill the quality of our democracy and destroy the time factor, which is essential in building political compromise » (p. 99).

Toutefois, le droit comparé montre que, en soi, le référendum est parfaitement compatible avec la démocratie représentative, les constitutions ou les cours constitutionnelles ayant établi des limitations face aux risques politiques liés à ce mécanisme (p. 106-110). L'Italie est à ce titre exemplaire (p. 112-120) : l'institution d'un référendum abrogatif a permis dans différentes phases de l'histoire républicaine italienne de surmonter l'inertie législative et d'introduire des réformes importantes en matière de droits civils et institutionnels (p. 116 ss.).

Or, selon G. Martinico, les populistes détournent l'instrument référendaire : ils le privent de sa nature démocratique, en l'utilisant pour exalter et consolider la *leadership* du chef ainsi que pour renforcer le discours schmittien ami/ennemi et polariser la société. La stratégie adoptée par Marine Le Pen lors de la campagne présidentielle de 2017, pendant laquelle elle a demandé l'organisation d'un référendum pour restaurer la suprématie du droit national sur le droit européen, devient, dans les pages de G. Martinico, un cas d'école de l'instrumentalisation du référendum par les populistes (p. 111).

En Italie, en 2018, une fois monté au pouvoir, le Mouvement 5 Étoiles présente un projet de réforme constitutionnelle, introduisant une forme de référendum législatif. Selon ce projet de loi constitutionnelle, si les chambres n'approuvent pas une initiative citoyenne présentée par au moins 500 000 électeurs dans un délai de 18 mois, il y a lieu d'organiser un référendum législatif, pourvu que la Cour constitutionnelle l'ait déclaré admissible. Ce projet, à la saveur antiparlementaire, était susceptible de donner lieu à une altération profonde des équilibres entre la démocratie directe et la démocratie représentative, en introduisant une sorte de « pouvoir législatif concurrent et alternatif⁴¹ ».

Confronté à de multiples oppositions, le projet a été sensiblement modifié lors du changement de majorité gouvernementale en 2019, lorsque, le Mouvement 5 Étoiles a formé un nouveau gouvernement en s'alliant avec le Parti démocrate. Sous la pression de ce parti « traditionnel » de centre-gauche et à tendance antipopuliste, le projet a été amendé et il a été rendu compatible avec le fonctionnement de la démocratie représentative⁴².

Bien que finalement la réforme n'ait pas abouti, l'évolution du projet dans le passage d'un gouvernement entièrement populiste à un gouvernement partiellement populiste montre que le même instrument, dépouillé – et donc « filtré » – des

⁴¹ A. MORRONE, « L'iniziativa popolare propositiva : per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa ? », *federalismi.it*, n° 23/2018, p. 1-13.

⁴² Pour plus de détails, voir p. 119 ss.

éléments qui sont à même de le rendre potentiellement antiparlementaire, peut devenir un mécanisme compatible avec la démocratie représentative.

III. LES POPULISTES AU POUVOIR : L'IMPACT DU MOUVEMENT 5 ÉTOILES SUR LES INSTITUTIONS

Les chapitres 5 et 6 se concentrent essentiellement sur le Mouvement 5 Étoiles. Ils illustrent l'idée de démocratie et de politique que le Mouvement poursuit, ainsi que l'impact concret que ce dernier a eu sur les institutions, et tout particulièrement sur le Parlement, pendant les quatre ans (2018-2021) qu'il a été au gouvernement, d'abord grâce à une alliance avec la Ligue et ensuite grâce à son alliance avec le Parti démocrate.

Le Mouvement 5 Étoiles mérite sans doute une attention toute particulière en raison, en premier lieu, du caractère novateur de son fonctionnement et, en second lieu, des quatre ans d'exercice du pouvoir.

G. Martinico explique très clairement la structure et les objectifs du Mouvement, en mettant en évidence ses contradictions et les risques qu'elles présentent pour la démocratie représentative.

Illustrant parfaitement les effets de la place croissante de l'ultracommunication directe en politique, il s'agit en effet d'un « parti numérique⁴³ » : le Mouvement refuse les médias traditionnels (télévision, journaux...) et fait d'internet le seul moyen à la fois de son organisation interne et de sa propagande. Pour Beppe Grillo, son fondateur, Internet est le moyen pour refonder la démocratie représentative. En ce sens, le mouvement se structure autour du blog, qui est le seul instrument de campagne électorale, et autour de la plateforme numérique « Rousseau », qui devrait permettre de réaliser la démocratie directe⁴⁴. Les deux ont été gérés par une société privée, la Casaleggio Associati, jusqu'à ce que, en 2021, le nouveau leader Conte s'oppose au transfert de données auquel se livrait la société (p. 128). Cela en dit long sur la fiabilité des supports numériques et sur leur caractère « démocratique ».

La plateforme « Rousseau » est utilisée pour choisir les listes des candidats à travers une procédure complexe de primaires en ligne. Les consultations en ligne sont également lancées pour approuver des décisions importantes du mouvement, ou bien des documents – par exemple le Contrat marquant l'alliance entre le Mouvement et la Ligue en 2018 –, ou encore l'éventuelle exclusion d'un membre qui

⁴³ À noter l'analyse très stimulante du politiste Paolo Gerbaudo, cité par Martinico : « The digital party is a “platform party” because it mimics the logic of companies such as Facebook and Amazon of integrating the datadriven logic of social networks in its very decision-making structure; an organisation that promises to use digital technology to deliver a new grassroots democracy, more open to civil society and the active intervention of ordinary citizens. It is data hungry because, like internet corporations, it constantly seeks to expand its database, the list, or “stack”, of contacts that it controls. The digital party is also a start-up party, reminiscent of “unicorn companies” such as Uber, Deliveroo and Airbnb, sharing their ability to grow very rapidly », in *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy*, Londres, Pluto Press, 2019, p. 4-5.

⁴⁴ Voir M. BASSINI, « Rise of Populism and the Five Star Movement Model: An Italian Case Study », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, op. cit., p. 205.

n'aurait pas respecté les règles du statut (p. 167). Le « peuple du net » est alors la source directe de la légitimation du pouvoir, sans aucune intermédiation possible.

Comme il a été exprimé très clairement dans une vidéo publiée en 2008, les 5 Étoiles rêvent d'un monde gouverné par « la même loi », à travers la démocratie directe ; un monde où toutes et tous ont un accès gratuit à Internet, où toutes les organisations secrètes sont bannies et « tout homme peut devenir président et contrôler l'action du gouvernement via l'internet » (p. 137)⁴⁵.

Malgré certaines originalités et dépouillé de l'appareillage technologique, le discours du Mouvement s'inscrit fondamentalement dans la tradition populiste italienne : antiparlementariste, anti-partis, anti-européen, anti-élites, favorable au dépassement des idéologies et des clivages entre la droite et la gauche.

Ainsi, une fois devenu le premier « parti », après les élections de 2018, le leader du Mouvement de l'époque, Luigi Di Maio, a stipulé un contrat « pour le gouvernement du changement » avec son allié Matteo Salvini⁴⁶. Le contrat indiquait deux objectifs principaux : d'une part, réduire le nombre des parlementaires afin de rendre « plus facile » l'organisation des travaux parlementaires et d'obtenir « de considérables réductions des dépenses » ; d'autre part, introduire des formes, plus ou moins tempérées, de mandat impératif. Le lien entre ces deux propositions réside dans la contestation du rôle des assemblées, accusées d'être coûteuses et improductives et dont le fonctionnement, fondé sur le débat et la possibilité de compromis, entrave l'exigence d'immédiateté, chère aux populistes de tous bords. Là encore, un parallèle avec la France peut être fait. Le projet de loi organique pour le renouveau de la vie démocratique⁴⁷ prévoyait également la réduction du nombre des députés et des sénateurs. Bien que l'étude d'impact s'interrogeât sur la portée systémique d'une telle réforme, les arguments en soutien de la loi rejoignaient en partie ceux de la rhétorique populiste italienne⁴⁸.

Dans son ouvrage, G. Martinico se penche sur la réalisation concrète de ces deux objectifs qui constituent deux formes d'« assaut à la démocratie représentative⁴⁹ ».

La réforme constitutionnelle (approuvée par le référendum des 20 et 21 septembre 2020) qui a entraîné la réduction du nombre des députés et des sénateurs⁵⁰ est sans doute la réalisation la plus importante des forces populistes, bien que, tous les partis, à un moment ou un autre, ont approuvé la réforme « dans une tentative de se donner une nouvelle légitimité face à un corps électoral souvent méfiant⁵¹ ». Sans rentrer dans les détails ni des débats qui ont précédé et suivi la réforme (p. 125-

⁴⁵ La vidéo est accessible sur internet [En ligne : www.youtube.com/watch?v=sV8MwBXmewU].

⁴⁶ Le texte intégral du contrat peut être consulté sur internet [En ligne : https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf].

⁴⁷ Projet de loi n° 2204 pour un renouveau de la vie démocratique [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2204_projet-loi]

⁴⁸ Voir T. EHRHARD, O. ROZENBERG, « La réduction du nombre de parlementaires est-elle justifiée ? Une évaluation ex-ante », LIEPP Working Paper, février 2018, n° 75 [<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-02186814/document>].

⁴⁹ D'où le titre du ch. 5, p. 124.

⁵⁰ Loi constitutionnelle n° 1/2020 du 19 octobre 2020.

⁵¹ Voir F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, « Una riforma costituzionale per aggregare e legittimarsi », *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 507-526.

126), ni de ses conséquences institutionnelles⁵², nous tenons ici à souligner, comme le démontre G. Martinico, que la réforme a été inspirée essentiellement par une volonté de sanctionner la classe politique, sans trop se soucier des conséquences systémiques. Ce n'est pas la réforme en elle-même qui est populiste, la réduction de la taille des assemblées législatives pouvant se justifier par d'autres raisons, telles que l'amélioration du travail parlementaire, mais la finalité poursuivie par le constituant, qui est exclusivement celle de réduire les coûts – prétendument insupportables – de la vie politique (p. 126). Bien évidemment, la finalité conditionne les modalités de la réforme, qui crée d'importants dysfonctionnements dans la vie de l'institution parlementaire⁵³.

Au-delà de cette réforme constitutionnelle, Martinico constate que « l'impact du Mouvement 5 étoiles n'a pas été stupéfiant ». La crise du Parlement italien, en effet, a commencé bien avant l'arrivée au pouvoir des populistes « étoilés » et pour bien d'autres raisons. Il y a donc « beaucoup de continuité entre la situation pré-Conte » et la XVIII^e législature, bien que « la crise du COVID-19 et l'inévitable centralisation du pouvoir en faveur de l'exécutif aient donné du sang neuf à la direction de Giuseppe Conte » (p. 145).

En ce qui concerne le second objectif des populistes, consistant à lever l'interdiction constitutionnelle du mandat impératif, il n'a pas été réalisé. Cette proposition apparaissait en effet comme incompatible avec le constitutionnalisme d'après-guerre (p. 149)⁵⁴. Toutefois, G. Martinico nous invite à analyser – ou mieux encore à « filtrer » – la revendication du Mouvement, en observant que celle-ci pointe un aspect essentiel de la démocratie représentative : « la façon dont les représentants sont choisis et ce qui peut (ou ne peut pas) être fait pour garantir qu'ils respectent leur mandat ».

En prenant au sérieux cette exigence, G. Martinico se livre à une étude passionnante des raisons philosophico-juridiques qui font de l'interdiction du mandat impératif « a cornerstone of European democratic constitutionalism » (p. 150 *sqq*), ainsi que des modalités mises en place dans les différents pays pour préserver le lien entre l'élu et l'électeur (et notamment le mécanisme du *recall*) (p. 158).

En se recentrant ensuite sur l'ordre constitutionnel italien, l'auteur revient sur le débat au sein de l'Assemblée constituante ayant conduit à interdire le mandat impératif (art. 67 C), afin de protéger à la fois le parlement et ses membres de possibles interférences venant des intérêts territoriaux, des lobbys et des groupes de pression économique (p. 161). L'importance accordée par l'article 49 de la Constitution aux partis politiques, en tant qu'instances de médiation entre la société civile et les institutions, complète et renforce l'idée de démocratie représentative des constituants (p. 160).

Ainsi, bien que l'article 67 de la Constitution italienne doive être considéré comme immuable – puisqu'il touche à des principes supra-constitutionnels

⁵² E. ROSSI (dir.), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pise, Pisa University Press, 2020.

⁵³ G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Naples, Editoriale Scientifica, 2019.

⁵⁴ La Commission de Venise a qualifié l'interdiction de mandat impératif de « clé de voûte du constitutionnalisme démocratique européen ». Commission européenne pour la démocratie par le droit, Rapport sur le mandat impératif et les pratiques similaires, étude n° 488/2008., CDL-AD (2009)027, p. 15.

(p. 163) –, la revendication des populistes incite à réfléchir sur les modalités permettant de contrer un phénomène qui érode le système de la représentation politique italienne depuis l'Unité : le « transfugisme », c'est-à-dire la tendance de certains parlementaires à changer de groupe parlementaire en cours de mandat.

En ce sens, dès leur entrée au Parlement, les représentants du Mouvement 5 Étoiles ont constamment demandé à ce que tout parlementaire qui change de groupe soit déclaré déchu de son mandat et à ce que lui soit interdite toute candidature aux élections suivantes. Ces propositions ont par ailleurs conduit, en 2017, à modifier le règlement du Sénat (article 14, par. 4), l'objectif étant d'éviter que se forment des groupes parlementaires qui ne coïncident pas avec des partis réellement présents dans le pays. Puisque la réforme s'est révélée insuffisante pour contrer cette tendance (p. 164), Martinico constate que « the Five Star Movement is correct in identifying transfugism as one of the main issues of the Italian political system, but the abolition of the free parliamentary mandate is not a solution proportional to the higher goal » (p. 164).

CONCLUSIONS

Dans les « Final Remarks » (ch. 7) G. Martinico tire les fils de ses développements et propose celle qui est, à notre avis, une méthode d'analyse constitutionnelle, théorique et pratique à la fois, du phénomène populiste. Pour lui, il ne s'agit pas d'ignorer le populisme en tant qu'objet d'étude inconciliable avec le constitutionnalisme et il ne s'agit pas non plus de protéger l'ordre constitutionnel de toute proposition réformatrice populiste – ce qui relèverait d'une « reactive approach », selon la définition donnée par Ana Micaela Alterio et à laquelle G. Martinico s'inspire (p. 173)⁵⁵. Bien au contraire, selon l'auteur, le constitutionnaliste *doit* étudier le phénomène populiste et « we should make a distinction between populist claims that could be pushed forward by either populist or non-populist forces, and populism as such » (p. 173).

Prendre en compte les carences de la démocratie représentative, qui sont elles-mêmes l'un des facteurs de l'essor du populisme, écouter attentivement les revendications des populistes et, ensuite, les « apprivoiser, les filtrer, les canaliser, afin d'améliorer la démocratie constitutionnelle » (p. 173) : voici les trois stades de la méthode proposée par l'auteur, dont la finalité « politique » est bien celle de combattre le populisme avec les armes de la science constitutionnelle.

Or, la lecture des résultats de l'application de cette méthode au cas italien, synthétisés dans ce dernier chapitre par des intitulés, encore une fois prescriptifs et « engagés », appelle quelques observations.

Tout d'abord, G. Martinico se concentre essentiellement sur les propositions venant du Mouvement 5 Étoiles, alors qu'en 2018, le parti populiste de la Ligue a également accédé au pouvoir. Certes, la Ligue n'est restée dans la majorité gouvernementale qu'un an et trois mois, les différences existantes entre les deux alliés ayant conduit à la fin de leur entente assez rapidement. En outre, les revendications de la Ligue, telles que la politique des « ports fermés », de « l'Italie aux Italiens », ou l'aspiration « aux pleins pouvoirs » exprimée par son leader Matteo Salvini en

⁵⁵ A. M. ALTERIO, « Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism », *Global Constitutionnalism*, n° 2, 2019, p. 270.

août 2019⁵⁶, peuvent difficilement être « filtrées » et rendues compatibles avec le constitutionnalisme italien.

Ces raisons ont peut-être conduit l'auteur à se concentrer quasi exclusivement sur le parti populiste italien qui est, au fond, le plus « constitutionnel-compatible », puisqu'il mène une réflexion sur la démocratie représentative actuelle, en mettant en avant des défauts réels, et en essayant de trouver des solutions inspirées des principes de la démocratie directe et participative.

Cela signifie, toutefois, que la méthode de « filtrage » de G. Martinico fonctionne bien lorsqu'il s'agit de discuter de thèmes tels que l'Internet en tant que « ressource politique » (p. 173), ou d'évaluer la nécessité d'un quorum référendaire (p. 176), ou encore de trouver des solutions au transfugisme (p. 180), ou de discuter de la nécessité de réformer le bicamérisme parfait italien (p. 181), ou, enfin, de réfléchir sur la crise des partis politiques, tout en soulignant l'exigence de « lutter » afin de rétablir le rôle crucial qu'ils ont en démocratie (p. 183).

Bien évidemment, G. Martinico dit expressément que toutes les revendications des populistes ne peuvent pas être filtrées (p. 172) ; toutefois, son focus sur le Mouvement 5 Étoiles semble suggérer, sans que l'auteur le dise clairement, que seules les propositions de cette force politique peuvent être accueillies, après avoir été soigneusement amendées. Preuve en est que seul le thème porté à la fois par le Mouvement 5 Étoiles et la Ligue, l'anti-européanisme, est celui qui ne fait pas l'objet d'une proposition de filtrage dans les conclusions de l'ouvrage.

Sur ce sujet, la méthode change : il ne s'agit plus de « canaliser » les revendications populistes, mais de démasquer, scientifiquement, les mensonges de ceux qui présentent l'Union européenne comme le produit d'un coup d'État. L'opposition est frontale et aucune médiation n'est possible avec les populistes sur ce thème, comme le démontre l'intitulé du paragraphe : « The European Union is not the Product of a Coup d'état. The EU is part of our Constitutional Pact and a Vehicle of Constitutional Improvement » (p. 177).

Par conséquent, à bien regarder, Martinico propose non pas une mais deux méthodes d'analyse du populisme, selon le caractère plus ou moins constitutionnellement compatible de la revendication. Le « filtrage » fonctionne lorsque la revendication peut être rendue compatible. La contestation, point par point, sur des bases scientifiques, est en revanche la méthode adoptée lorsque les affirmations populistes n'admettent aucune conciliation avec le constitutionnalisme.

Au vu de ces considérations, nous pensons que le fait que l'auteur n'explique pas clairement les raisons qui l'ont poussé à privilégier l'analyse du Mouvement 5 Étoiles – et à délaissier la Ligue, également au pouvoir dans la période étudiée – génère quelques contradictions.

Nous revenons encore une fois sur l'affirmation de G. Martinico selon laquelle les populismes italiens auraient tous la même matrice fascistisante (p. 43). Or, la recherche de l'auteur montre que le Mouvement 5 Étoiles présente des caractéristiques totalement inconnues aux populismes de droite. L'hyper-démocratisation n'est pas un objectif de la Ligue ni, d'ailleurs, de *Fratelli d'Italia*, le parti néo-fasciste

⁵⁶ Déclaration du 8 août 2019. Voir A. MORELLI, « Il fascismo (storico) non tornerà ma la democrazia (costituzionale) non può resistere a tutto », La Costituzione.info, 12 août 2019 [<https://www.lacostituzione.info/index.php/2019/08/12/il-fascismo-storico-non-tornera-ma-la-democrazia-costituzionale-non-puo-resistere-a-tutto/>]

qui, le 22 octobre 2022, à la tête d'une coalition de droite – dont la Ligue fait partie – a formé un nouveau gouvernement, après sa victoire aux élections du 25 septembre. Tout comme la Ligue, *Fratelli d'Italia* – qui puise ses racines directement dans le parti fasciste mussolinien – cultive le mythe de l'homme fort, à la tête d'un exécutif efficient, au détriment du Parlement. Leurs propositions face à la crise de la représentation ne vont pas dans le sens de plus de démocratie directe ou participative, mais plutôt dans le sens d'une plus grande concentration des pouvoirs, comme le démontrent les projets de présidentialisation du régime⁵⁷. L'objectif politique premier de la campagne électorale, et maintenant du gouvernement, est la sécurité, ce qui se traduit en une politique migratoire très revendicative vis-à-vis de l'Union européenne et méprisant de la vie et des droits des migrants, et dans la pratique d'un « populisme pénal⁵⁸ » qui passe par l'adoption de lois souvent superflues, mais symboliques de la volonté du pouvoir public de réprimer plus durement les infractions pénales⁵⁹.

Dans les faits, il existe en Italie, tout comme dans beaucoup de pays, un populisme de droite et un populisme de gauche, et les deux ne peuvent pas être analysés et traités de la même façon. Comme G. Martinico, nous ne pensons pas que le populisme de gauche soit « bon » et le populisme de droite soit « mauvais », mais nous pensons que la distinction entre les deux doit être faite. En effet, c'est la recherche de l'auteur elle-même qui démontre implicitement que les revendications respectives des deux formes de populisme ne peuvent pas être appréhendées de la même façon par les constitutionnalistes. Tout du moins, dans le cas italien, « Filtering Populists Claims to Fight Populism » a un sens, surtout pour le populisme du Mouvement 5 Étoiles.

En conclusion, et en dépit de ces quelques observations, l'ouvrage de Giuseppe Martinico présente un très grand intérêt pour les constitutionnalistes, les comparatistes ainsi que pour tous ceux qui s'intéressent au droit politique et, bien évidemment, aux populismes.

De par le choix militant de la thématique, l'ouvrage peut, tout d'abord, exhorter les constitutionnalistes français à s'emparer d'un champ d'études longtemps monopolisé par les politistes. Ensuite, la très riche réflexion théorique sur les rapports entre le populisme et le constitutionnalisme ainsi que la méthode d'analyse proposée incitent à étudier le phénomène populiste dans d'autres contextes juridico-politiques, en poursuivant et en approfondissant ainsi la recherche comparative. Encore, l'auteur nous invite à penser le populisme comme un phénomène intimement lié à la fragilité de la démocratie représentative, en contribuant ainsi à s'interroger sur les moyens de la renforcer. Enfin, la découverte du populisme en même temps que du constitutionnalisme italiens ne peut pas laisser le lecteur français indifférent, si ce n'est par simple curiosité intellectuelle, en raison des influences juridico-

⁵⁷ Dans la conférence de presse de fin d'année (29 décembre 2022), la présidente du conseil Giorgia Meloni a affirmé que la réforme du régime, notamment l'instauration d'un régime présidentiel, « sera son héritage » [<https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-di-fine-anno-del-presidente-meloni/21405>].

⁵⁸ N. SELVAGGI, « Populism and Criminal Justice in Italy », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, op. cit., p. 291.

⁵⁹ Notamment, la réglementation des *rave party*: C. RUGA RIVA, « La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i “rave party” (e molto altro) », *Sistema Penale*, 3 nov. 2022 [<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/ruga-riva-la-festa-e-finita-considerazioni-sulla-fattispecie-che-incrimina-i-rave-party>].

politiques croisées qui n'ont de cesse de s'accroître entre tous les pays européens – et même au-delà.

Nicoletta Perlo

Maître de conférences HDR en droit public, IRDEIC, Université Toulouse I Capitole.

|

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)