

**Centre d'Études et de Recherches Comparatives
Constitutionnelles et Politiques**



**QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES
LE BLOG DU CERCOP**

Sous la direction d'Eric SALES

**NUMERO 1
2020-2021**



FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER

L'ouvrage "*Questions constitutionnelles*" rassemble les articles et les billets sur l'actualité constitutionnelle française et étrangère publiés, dans leur ordre d'apparition et par thématiques, sur une période de référence dans le blog du CERCOP. Il réunit également les informations relatives aux publications scientifiques du centre [\[1\]](#).

Sommaire

I – PRESENTATION DU BLOG PAR LE DIRECTEUR DU CERCOP,	3
II – LA TRIBUNE DU FONDATEUR DU CERCOP,	5
III – DEMOCRATIE,	7
IV – JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET ETAT DE DROIT,	51
V – THEORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT,	95
VI – DROIT ETRANGER, DROIT COMPARE,	108
VII - VIDEOS DES CONFERENCES DU CERCOP,	173
VIII – HOMMAGES,	177
IX – LES OUVRAGES ET CHRONIQUES DU CERCOP,	183
X – PRIX ET SOUTENANCES,	199
XI – LES AUTEURS DU BLOG,	205

[\[1\]](#) La mise en forme a été réalisée avec l'aide des étudiants du Master 2 Théorie et Pratique du Droit Constitutionnel (TPDC) lors de leur stage effectué au sein du CERCOP en mars-avril 2021. Qu'il soit permis ici de remercier : Cédric BAYAKISSA, Maha EL HAJJ, Lorenzo GARCIA, Thibault GRENARD-AMIC et Thomas VILLARET.

I – PRESENTATION DU BLOG PAR LE DIRECTEUR DU CERCOP

Le blog du CERCOP fête cette semaine son premier anniversaire. Un an déjà s'est écoulé durant lequel des articles et des billets d'actualité constitutionnelle, vifs et denses, ponctués de divers *flash-info* relatifs à nos activités ont pu nourrir votre curiosité. A l'initiative de notre collègue et ami Eric Sales, nous avons souhaité vous tenir informés de notre agenda scientifique en tirant parti de l'instrument numérique pour vous faire part, chemin faisant, des réactions que nous inspirent l'évolution du droit constitutionnel et les controverses juridiques contemporaines.

Fondé en 1987 par Dominique Rousseau, le Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques (CERCOP) ne pouvait plus, aujourd'hui, se dispenser de cet outil pour s'offrir une nouvelle vitrine. L'idée a émergé en plein cœur d'une pandémie lors de laquelle chacun, confiné chez soi, n'avait guère d'autre fenêtre sur le monde que celle de son écran d'ordinateur. Cet arche de Noé qu'a constitué le numérique pendant la crise aura probablement brisé la résistance des derniers récalcitrants devant l'usage de ce media désormais indispensable pour diffuser et échanger le savoir. Sans renoncer au charme sensuel de la lecture sur papier, nous avons tous pris conscience, depuis deux décennies, qu'Internet a accéléré le temps et sensiblement réaménagé notre quotidien.

Mais cette révolution ne nous enlèvera jamais le plaisir de la lenteur. C'est pourquoi, pour honorer cette année pionnière, nous vous offrons le temps d'apprécier, avec la distance qui s'impose, le regard que nous avons porté depuis douze mois sur les sujets abordés dans nos billets. Outre le contexte sanitaire qui a mis à l'épreuve les grands principes du droit constitutionnel, garants de nos libertés, de nombreux thèmes ont marqué d'une pierre singulière cette année particulièrement riche en

rebondissements comme en attestent les billets sur le Chili, le Brésil, le Tchad ou la Russie. La largeur de ce spectre thématique, couvrant les aspects contentieux, théoriques et internationaux du droit constitutionnel, est le reflet d'un esprit qui nous a toujours guidés pour penser l'universel sans négliger la diversité du monde.

Au nom de toute l'équipe, je vous souhaite une agréable lecture et vous adresse nos meilleurs vœux pour l'année 2022.

Alexandre VIALA

Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur du CERCOP

II – LA TRIBUNE DU FONDATEUR DU CERCOP



***“Camus et la juste mesure”*, Dominique ROUSSEAU, Professeur émérite, Paris I Panthéon Sorbonne, 4/01/2021.**

« Aucune œuvre n’a été fondée sur la haine et le mépris » a déclaré Albert Camus lors de son discours de réception du prix Nobel de littérature en 1957. Ces paroles, comme beaucoup d’autres de l’auteur de *l’Homme révolté*, résonnent particulièrement aujourd’hui où haine et mépris ont pris possession des rues, des murs, des esprits et des corps. La conflictualité est la caractéristique de toute société ; et par ricochet elle est au cœur de l’activité du juriste. Le droit de la famille avec les conflits provoqués par les séparations, les décès, les naissances ; le droit du travail avec les conflits entre patrons et salariés mais aussi entre grands et petits patrons, entre salariés du privé et salariés du public ; le droit commercial avec les conflits entre distributeurs et agriculteurs, entre consommateurs et grandes surfaces ; le droit constitutionnel avec les conflits entre l’Assemblée nationale et le Sénat, entre le Parlement et les juges, entre le président de la République et le premier ministre ; ...

La question politique n’est donc pas celle de la conflictualité mais du mode par lequel une société se saisit de cette conflictualité qui lui est inhérente. Le mode autoritaire : empêcher l’expression des conflits en faisant taire ceux qui les montrent. Le mode démocratique : donner un espace pour l’expression des conflits. Le premier repose sur l’idée que l’une des parties au conflit détient la vérité, que l’autre est dans l’erreur, qu’elle est un ennemi de la vérité et qu’elle doit donc au mieux être rééduquée au pire supprimée. Le mode démocratique implique de reconnaître qu’il y a de la raison dans les positions de chaque partie en conflit, qu’elles sont adversaires et non pas ennemies et qu’elles peuvent donc trouver des réponses politiques raisonnables. « A hauteur

d'homme », comme disait Camus, car la conflictualité n'est pas seulement inhérente aux sociétés elle est aussi constitutive de chaque homme. Il existe une expression pour dire cette conflictualité existentielle : le cas de conscience. C'est-à-dire, cette situation où un homme se trouve partagé entre deux ou plusieurs « vérités » possibles, où il est en conflit avec lui-même et doit trouver des arrangements pratiques pour vivre.

La haine et le mépris n'ouvrent pas la voie aux « arrangements pratiques » mais au dérangement généralisé des sociétés et, au bout de la route, au populisme. Comme le dit le langage populaire « le mieux est l'ennemi du bien ». Et Pierre Dac ajoutait « le pire est l'ami des excès » !

III – DEMOCRATIE



« Le référendum parapluie », Eric SALES, Maître de conférences de droit public, HDR, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, CERCOP, 18/12/2020.

Alors que tombe une pluie de contestations contre la gestion de la COVID, contre la loi sur la sécurité globale, contre les atteintes aux libertés en période de crise, contre les menaces pesant sur le statut des enseignants-chercheurs, contre le sort réservés aux migrants, contre la méconnaissance du travail de la Convention citoyenne sur le climat..., le Président de la République a décidé de sortir le « *référendum parapluie* » pour inscrire dans la Constitution la protection de l'environnement ! Une consultation populaire pour faire démocratique, pour permettre au peuple de participer à la prise de décision politique et surtout pour donner au chef de l'Etat le soutien qu'il attend après avoir dépassé la moitié de son actuel mandat et pour mesurer ses chances de réussite aux futures présidentielles. Un « *référendum parapluie* » car il vise un objectif louable et très faiblement polémique en dissimulant grossièrement un but politique personnel.

La procédure à suivre en la matière implique le recours à l'article 89 de la Constitution et le vote préalable et nécessaire de la loi constitutionnelle en termes identiques par les deux chambres du Parlement. Emmanuel Macron trouvera donc sur le chemin de sa réforme le Sénat au sein duquel la droite est politiquement majoritaire. Ici, deux cas de figure sont possibles. Soit le Sénat fait connaître son opposition et la chambre de la raison sera immédiatement désignée comme responsable d'un conservatisme destructeur. Soit le Sénat permet au chef de l'Etat de mener la procédure constituante à son terme en apparaissant par la même occasion comme la chambre de la modernité soucieuse de la préservation de l'environnement. Le piège tendu est facilement perceptible : à lui seul, le sujet choisi commande une réaction sénatoriale positive de la même façon qu'il dirige la

décision populaire finale. A la question « *voulez-vous intégrer les notions de biodiversité, d'environnement, de lutte contre le réchauffement climatique dans l'article 1 de la Constitution ?* » une unique et évidente réponse favorable s'impose de la part de l'institution parlementaire et du peuple souverain : « oui... au Président ! »

Or, rien n'est moins sûr pour une raison centrale et banale. L'environnement et sa protection sont déjà dans la Constitution : dans la charte constitutionnelle de l'environnement présente dans le préambule du texte fondamental avec ses dix articles depuis 2005 (Loi constitutionnelle n° 2005-205, du 1^{er} mars 2005, JO du 2 mars 2005, p. 3697.) ; depuis 2008, dans l'article 11 de la Constitution en permettant par référendum législatif de demander au peuple de voter une réforme relative à la politique environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent ; dans l'article 34 de la Constitution en prévoyant que la loi détermine les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement ; dans la jurisprudence constitutionnelle aussi où la charte de l'environnement est régulièrement visée (CC, n° 2005-514 DC, du 28 avril 2005, Rec., p. 78.), où l'environnement est décliné en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle (CC, n° 2019-823 QPC, du 31 janvier 2020, JORF n° 0027 du 1^{er} février 2020, texte n° 100.) en fixant au Parlement une exigence de non-régression dans la détermination de la législation en la matière (CC, n° 2020-809 DC, du 10 décembre 2020, cons. 9 et 13.). En envisageant d'inscrire l'environnement dans la Constitution par référendum, le chef de l'Etat brandit donc un parapluie qui l'empêche de voir ce qui y est déjà inscrit à l'image d'un autre responsable politique qui réclamait récemment d'introduire le principe de laïcité dans le texte fondamental alors qu'il est dans la sphère constitutionnelle – avec continuité – depuis 1946.

En revanche, s'il s'agit de proposer l'organisation d'un référendum – législatif et non constituant – pour traduire concrètement dans la loi les propositions faites par les citoyens dans le cadre de la Convention climat, le choix est ici plus judicieux (V. <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccc-rapport-final.pdf>). Il est possible en raison de l'article 11 précité. Il est logique pour soumettre la réflexion des citoyens tirés au sort au peuple tout entier. Il poursuivrait, en outre, le

même objectif : sonder la popularité du chef de l'Etat ! Plus encore, afin de ne pas court-circuiter l'institution parlementaire, un référendum d'initiative partagée est également envisageable dans la mesure où il couvre le champ d'application de l'article 11 et donc la matière environnementale. Il pourrait prendre pour point de départ les propositions faites par les citoyens tirés au sort de la Convention climat, relayées par une initiative parlementaire constitutionnellement prévue – il faut 185 parlementaires – soutenue par ailleurs par les signatures de 10 % du corps électoral. En conséquence, les solutions juridiques existent pour la mise en place d'une vraie consultation populaire sur une grande loi ordinaire en matière environnementale. Elle est sans aucun doute préférable à un référendum constituant résidant dans une simple manœuvre politique présidentielle. Avant que la colère populaire ne s'installe et n'amène le pouvoir à inventer un paratonnerre, il serait bon de prendre le droit constitutionnel au sérieux !



« Vers une nouvelle formule pour le référendum d'initiative partagée ? », Eric SALES, Maître de conférences, HDR, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, CERCOP, 26/12/2020.

Résumé : Après une seule mise en oeuvre depuis sa création, le référendum d'initiative partagée fait l'objet de différentes propositions de réaménagement de la part des institutions de la République alors que les citoyens n'hésitent pas à le faire vivre dans sa forme actuelle.

Le référendum d'initiative partagée (RIP) est né de la réforme constitutionnelle de 2008^[1] utilement complétée en la matière par une loi organique de 2013^[2]. Alors que chacun s'accordait à n'y voir qu'une simple curiosité constitutionnelle difficile à mettre en oeuvre, le premier RIP de la Vème République a vu le jour en avril 2019 au moment de la délibération parlementaire de la loi PACTE avant de s'éteindre assez rapidement faute d'avoir pu recueillir le nombre suffisant de

signatures citoyennes. Il est vrai que la procédure est longue et complexe.

Pour mémoire, la proposition de loi référendaire, dans ce cadre, doit être déposée par 185 parlementaires sur le bureau de l'une ou l'autre des assemblées. A ce premier stade, le Président de l'assemblée concernée doit saisir la Conseil constitutionnel car un contrôle obligatoire de constitutionnalité préventif est organisé par la Constitution. Si les juges constitutionnels déclarent le texte constitutionnel, ils indiquent précisément dans leur décision le nombre de signatures citoyennes requises pour la poursuite du processus dans la mesure où la réglementation exige le soutien de 10 % du corps électoral, soit précisément 4 717 396 signatures de citoyens dans cette expérience[3]. La technique a ainsi été pensée pour permettre notamment à l'opposition politique de confectionner un texte législatif avec l'aval d'une partie non négligeable du peuple afin de le soumettre au référendum.

A la suite de la décision des juges constitutionnels s'ouvre une période de 9 mois pendant laquelle le ministère de l'intérieur organise, sous la surveillance du Conseil constitutionnel, le recueil des signatures des citoyens dont le total doit être contrôlé à l'échéance par la même institution. Si les juges constitutionnels déclarent que la proposition de loi a bien réuni les signatures requises, la procédure se poursuit. Dans la première hypothèse, si le Parlement garde le silence pendant 6 mois, le Président de la République organise le référendum. Dans la deuxième, si le Parlement décide de se saisir de la proposition de loi pour en discuter, il est tout à fait possible pour lui de la modifier voire de l'abandonner. Ici, le dispositif a été largement critiqué car il donne aux parlementaires de la majorité le pouvoir de changer un texte qui a recueilli un nombre conséquent de signatures citoyennes qui n'auraient pas forcément été données au soutien du texte remanié[4]. En outre, l'abandon pur et simple du texte par la majorité politique du moment est un moyen radical pour anéantir les initiatives démocratiques de l'opposition permises par la technique nouvelle du RIP[5]. A lui seul, ce dernier volet mériterait bien une réforme ainsi que le mentionne le Conseil dans sa décision du 18 juin 2020[6]. Toutefois, à la suite du RIP visant à faire reconnaître les aéroports de Paris comme un service public national, ce sont d'autres évolutions qui ont été

envisagées par le projet de loi constitutionnelle du mois d'août 2019 (II), par le Conseil constitutionnel dans sa décision de juin 2020 (II) et par des initiatives citoyennes du moment (III).

I – Les changements imaginés par le projet de loi constitutionnelle d'août 2019

Le projet de loi constitutionnelle déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en août 2019^[7] prévoit, dans le cadre de la création d'un titre de la Constitution consacré à la participation citoyenne (titre X), de nouvelles règles encadrant le RIP (article 69) pour faciliter son déclenchement tout en limitant sa portée.

Dans le premier cas, un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa de l'article 11 pourra être organisé à l'initiative d'un dixième des membres du Parlement et d'un million d'électeurs inscrits sur les listes électorales. L'opposition politique serait donc en mesure de faire vivre plus qu'avant cette procédure avec un seuil de soutien citoyen fixe et plus facile à réunir que dans l'actuel système.

Toutefois, pour éviter que le RIP ne soit instrumentalisé pour contrecarrer systématiquement la concrétisation législative de la politique présidentielle de la Nation et pour remédier au premier usage du genre avec une proposition de loi référendaire déposée en même temps que l'examen de la loi PACTE mais en poursuivent des objectifs opposés, le projet de loi constitutionnelle précise que le RIP « *ne peut ni avoir pour effet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins de trois ans, ni porter sur le même objet qu'une disposition introduite au cours de la législature et en cours d'examen au Parlement ou définitivement adoptée par ce dernier et non encore promulguée* ». D'un autre côté, avec un certain parallélisme des contraintes, le nouvel article 69 prévoit « *qu'aucune disposition ayant un objet contraire à la loi référendaire promulguée ne peut être adoptée par le Parlement au cours de la même législature* ». En d'autres termes, mais avec une limite de temps moins importante, la majorité politique du moment ne peut immédiatement défaire la loi votée par le peuple.

Enfin, le contrôle obligatoire de la constitutionnalité des propositions de texte de loi, mentionnées cette fois-ci à l'article 69, est toujours organisé. Il eut été sans doute intéressant de généraliser le contrôle préventif obligatoire de constitutionnalité à l'ensemble des référendums ne serait-ce que pour éviter les dérives du passé liées à une mauvaise utilisation de l'article 11 et pour traiter de façon égale toutes les procédures référendaires. Le limiter au seul référendum d'initiative partagée donne seulement à croire à un potentiel danger de l'intervention de l'opposition politique.

II - Les propositions du Conseil constitutionnel formulées dans sa décision de juin 2020

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a déjà contribué, dans la pratique, à l'amélioration du système du RIP dès 2019. Ainsi l'absence critiquée[8] d'un compteur public officiel permettant de recenser régulièrement les soutiens des citoyens en la matière a été compensée par une mise à jour quotidienne réalisée par des communiqués de presse du Conseil constitutionnel tous les 15 jours entre juillet 2019 et mars 2020.

Par ailleurs, dans sa décision précitée du 18 juin 2020, le Conseil a émis des observations par le biais desquelles – comme il l'a déjà fait en matière électorale[9] – il suggère des modifications de la réglementation en vigueur en développant une participation indirecte au processus de fabrication de certaines lois alors qu'il ne détient aucun véritable pouvoir en matière d'initiative législative. L'organe de contrôle se transforme donc parfois, de façon assez inédite, en organe de proposition. A titre principal, trois propositions peuvent être soulignées dont certaines se situent dans la continuité du projet de loi constitutionnelle précité. La première pointe du doigt une procédure « *dissuasive et peu lisible pour les citoyens* » qui pourraient être surpris de constater – en cas de succès de la phase de soutien – que « *la tenue d'un référendum n'est qu'hypothétique* » car un examen final de la proposition de loi par le Parlement peut suffire pour écarter tout recours au peuple. Implicitement, le Conseil suggère ici de supprimer le contrôle parlementaire actuellement prévu en fin de processus.

La deuxième – prenant appui sur l'exemple du RIP sur les aéroports de Paris dont le but était clairement de faire échec à leur privatisation prévue par la loi PACTE en cours d'examen au Parlement au moment du dépôt de la proposition de loi référendaire – préconise de réfléchir à l'articulation « *entre l'initiative parlementaire faisant l'objet de la mise en œuvre de la procédure et d'éventuels travaux législatifs ayant le même objet* ». Toujours implicitement, il est assez facile de comprendre qu'il faudrait interdire le dépôt d'une proposition de loi dans le cadre d'un RIP ayant le même objet qu'une loi en cours de discussion parlementaire.

Enfin, est souligné le silence de la réglementation en ce qui concerne « *l'organisation d'un débat public ou d'une campagne d'information audiovisuelle sur une proposition de loi déposée en application de l'article 11 de la Constitution, ce qui a pu susciter insatisfactions et incompréhensions* ». Toutefois, ici, le Conseil a déjà trouvé la solution car, en rejetant une réclamation lui demandant d'adopter des recommandations afin d'améliorer l'information des électeurs sur l'opération de recueil des soutiens, il a précisé qu'il « *revient aux sociétés de l'audiovisuel, public comme privé, de définir elles-mêmes, dans le respect de la loi du 30 septembre 1986 et sous le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, les modalités d'information des citoyens sur le recueil des soutiens à la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris* » [\[10\]](#).

Pour terminer, il est intéressant de constater que le Conseil n'a pas relevé de problèmes majeurs à propos du mode de recueil des signatures des citoyens lequel a été réalisé par le biais du numérique via une plateforme mise en place à cet effet par le ministère de l'intérieur. Ce processus électronique, n'ayant rencontré que de très faibles tentatives d'usurpation d'identité et ayant permis de déjouer des piratages en ligne, offre sans doute des pistes de réflexions à celles et ceux qui s'interrogent sur la question de la remise en service du vote par correspondance [\[11\]](#). Néanmoins, comme la loi organique de 2013 assimile le soutien à une proposition de loi à la simple signature d'une pétition et non à l'expression d'un suffrage, les enjeux ne sont certainement pas les mêmes. Il serait toutefois bon de mener un travail sur la question sensible de la publicité de la liste des

soutiens car, si cela vise à en garantir l'authenticité, cet aspect a peut-être nourri la méfiance de certains électeurs qui n'ont pas participé afin d'éviter un affichage public de leurs opinions politiques.

III – Les solutions citoyennes innovantes en cours

Pour l'heure, certains citoyens n'ont pas attendu les changements annoncés pour agir en s'octroyant un droit d'initiative en matière référendaire. Le « *référendum animaux* », récemment lancé sur internet en 2020^[12] sans aucun fondement juridique, offre par exemple des perspectives intéressantes. L'idée est en effet d'agir en amont en demandant aux citoyens de s'engager à participer à un futur RIP et donc d'apporter leur soutien à une proposition de loi à venir déjà rédigée par les porteurs de cette initiative et qui devra être déposée par les parlementaires.

En outre, cette démarche tente de convaincre les représentants de la Nation en les invitant à accompagner favorablement une proposition de loi "*clés en main*" tout en incitant les citoyens intéressés à agir auprès de leurs parlementaires pour les mobiliser. L'objectif de la démarche est ainsi d'inverser le processus du RIP en faisant pression sur les députés et les sénateurs tout en prenant le temps de la diffusion de l'information auprès des citoyens pour tenter de totaliser, avant même le lancement officiel de la procédure, le nombre de signatures requis.

[1] V. la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008.

[2] Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n° 0284 du 7 décembre 2013.

[3] CC, n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, JORF, n° 0112 du 15 mai 2019, texte n° 65.

[4] CC, n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, JORF du 7 décembre 2013, p. 19955.

[5] Pour une étude d'ensemble, v. M. Haulbert, « *Le référendum d'initiative « partagée » : représentants versus représentés ?* », RDP 2014, n° 6, p. 1639 et s.

[6] CC, n° 2019-1-9 RIP ELEC, du 18 juin 2020, JORF n° 0156 du 25 juin 2020, texte n° 98.

[7] Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, n° 2203 déposé le 29 août 2019 et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

[8] V. CC, n° 2019-1-1 RIP, du 10 septembre 2019, M. Paul C.

[9] Par exemple, à la suite des élections présidentielles de 1974, « *il a invité le Gouvernement à faire modifier le régime de la présentation des candidats et à prévoir l'hypothèse du décès d'un candidat. Ses recommandations ont ainsi conduit à la modification de la loi organique relative à l'élection du Président de la République et à la révision, le 18 juin 1976, de l'article 7 de la Constitution. Dans ses observations sur l'élection présidentielle de 2002, le Conseil suggère au législateur « la création du délit d'entrave à l'action des délégués du conseil, compte tenu des obstacles parfois opposés à l'exercice de leur mission de contrôle des bureaux de vote* », solution qui sera retenue par la loi organique du 5 avril 2006 ». En ce sens, V. A. Roux, « *Une analyse comparative des organes en charge du contrôle électoral, en particulier les organes judiciaires – Le cas français* », in Commission de Venise, Séminaire UNIDEM, « *Le contrôle du processus électoral* », Madrid, 23-25 avril 2009.

[10] CC, n° 2019-1-2 RIP du 15 octobre 2019, M. Christian S. et autres.

[11] J-P. Camby et J-E. Scoettl, « *Faut-il rétablir le vote par correspondance ?* », <https://blog.leclubdesjuristes.com/faut-il-retablir-le-vote-par-correspondance/> ; B. Daugeron, « *Vote par correspondance, adaptation pragmatique ou risque inconsidéré ?* », <http://blog.juspoliticum.com/2020/12/19Vote-par-correspondance-adaptation-pragmatique-ou-risque-inconsidere-par-Bruno-Daugeron/>

[12] V. <https://referendumpourlesanimaux.fr/>



**"Quelles réponses devant la menace du « populisme » ?",
Stéphane PINON, Maître de conférences de droit public,
HDR, Qualifié professeur des universités, CERCOP,
5/01/2021.**

Résumé : Le populisme est devenu l'une des principales menaces pour l'avenir de l'Union européenne. Pourquoi rencontre-t-il un pareil succès depuis à peine deux décennies, dans des contextes géographiques et culturels si différents ? Il faut peut-être en chercher la cause du côté d'un changement du peuple lui-même. Une innovation de « rupture » est apparue, plongeant le monde dans l'inconnu d'une révolution. La révolution de la société numérique qui sonne l'avènement d'une forme modernisée de « *révolte des masses* ».

Le « *populisme, mais de quoi s'agit-il* » ? Souvent d'un discours, de partis ou de mouvements antisystèmes, qui élaborent une vision simpliste de la société, divisée en deux camps irréconciliables : le « *peuple* » dans toute sa pureté d'un côté, les « *élites* » corrompues de l'autre. Mais le populisme peut aussi se transformer en actes, lorsqu'il prend le pouvoir. La Hongrie de Viktor Orbán en représente la figure de proue, suivie par la Pologne, admirée par Matteo Salvini et bien d'autres. Les gouvernements populistes s'incrustent donc au cœur de l'Union Européenne. L'habitude a été prise de parler des « *démocraties illibérales* », parfois aussi de l'avènement des « *démocraties* » (le titre de la revue Pouvoirs, n°169, 2019). Mais pourquoi ne pas refuser l'oxymore ? Des auteurs le réclament (Jan-Werner Müller, What Is Populism?, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016). Pour conceptualiser la pratique de ces régimes et le discours de ses dirigeants, le mot valorisant de « *démocratie* » n'aurait pas sa place. Que les pires tyrans se réclament du « *peuple* » n'est pas chose nouvelle. On peut rappeler Staline, ce « *petit père des peuples* », ou la loi accordant les pleins pouvoirs à Hitler, le 24 mars 1933, qu'il fait appeler loi « *éditée en vue de remédier à la détresse du peuple et du Reich* » ! Qu'un apprenti dictateur comme Viktor Orbán se réclame aujourd'hui de la « *démocratie illibérale* » ne devrait pas suffire à lui donner les

galons d'un concept scientifique. Le premier mot prendra toujours le dessus sur l'autre ; la « *démocratie illibérale* » suggère une forme diminuée ou dégénérée de la démocratie, mais une démocratie tout de même. Le doute est entretenu, le « *bénéfice du doute* » en réalité. Et derrière la confusion générée par l'association des mots contraires, c'est à une certaine justification des pratiques qu'on aboutit. Déjà présent dans certains écrits, surtout anglo-saxons, le concept de « *régime hybride* » conviendrait davantage ; la connotation de respectabilité en deviendrait immédiatement moins forte. On pourrait aussi inverser la tendance et faire basculer ces régimes (la Hongrie, la Pologne, la Russie, la Turquie de Recep Tayyip Erdogan, l'Inde de Narendra Modi...) vers une version amoindrie de l'autoritarisme, en employant par exemple le concept de nouvelles dictatures hybrides. La ductilité du concept de démocratie s'en trouverait limitée ; il ne serait utilisable que dans le cadre d'une absorption de l'impératif libéral, source d'un inévitable jeu d'équilibre entre la force du nombre et la force du droit, entre la volonté majoritaire et la protection des minorités. Et que dire des auteurs qui utilisent le concept de « *démocrature* » pour englober les régimes les plus autoritaires – presque du totalitarisme moderne – comme la Chine de Xi Jinping, l'Egypte du maréchal Al-Sissi ou les Philippines de Rodrigo Duterte ? Qu'ils déprécient irrémédiablement la grandeur historique du mot « *démocratie* ». Le temps est sans doute venu pour les scientifiques de priver ces « *semi* » ou ces complets despotes du label de respectabilité que leur offre la « *démocratie illibérale* » ou la « *démocrature* ».

Alors pourquoi le « *populisme* » rencontre-t-il un pareil succès depuis à peine deux décennies ? En Europe, a écrit le professeur Cas Mudde, « *le populisme est une réponse démocratique illibérale à un libéralisme devenu non démocratique* » (The Guardian, 17 février 2015). Il y a également l'inévitable désenchantement démocratique, le krach économique de 2007-2008, les vagues d'immigration récentes... Un ensemble de raisons déjà bien analysé. Mais peut-être que ce succès et cet enracinement viennent aussi d'un changement du « *peuple* » lui-même. Les périodes coïncident d'ailleurs à peu près. Une innovation de « *rupture* » est intervenue, propulsant le monde dans l'inconnu d'une révolution, avec un changement inévitable des structures mentales, cognitives et réactionnelles de l'Homme.

Mais quel est cet évènement ? De quoi parle-t-on ? De la « *révolution numérique* ». Dans son ouvrage récent, Pierre Rosanvallon (Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique, Seuil, 2020) aborde le thème, mais de manière périphérique, au détour de quelques développements.

Une nouvelle ère s'est ouverte, de manière irréversible. Au même titre que la découverte de l'imprimerie ou que l'arrivée de l'électricité, la société numérique a fait irruption dans l'histoire de l'humanité comme une « *révolution* »... pour le meilleur et pour le pire. Cette révolution donne corps à une forme modernisée de « *révolte des masses* » (selon le titre d'un ouvrage de José Ortega y Gasset paru en 1930). Munies du smartphone et du relai des réseaux sociaux, elles ont désormais l'œil sur tout. La meute numérique peut s'en prendre à n'importe qui, n'importe où : un simple citoyen, une personnalité du cinéma, un ministre... La révolution s'avère multidimensionnelle, culturelle, anthropologique, économique, éducative. Voilà une des priorités impérieuses pour les décennies à venir, pour éviter le règne du « *crétin digital* » (Michel Desmurget, La fabrique du crétin digital. Les dangers des écrans pour nos enfants, Seuil, 2019) : éduquer les enfants à la lecture et au doute devant les réseaux sociaux. Des programmes éducatifs à grande échelle vont devoir s'élaborer, dans les écoles, les collèges, dès le plus jeune âge. Que cet envol technologique soit enfin le levier d'un envol intellectuel généralisé ! Afin notamment que les nouvelles générations sachent se départir du « *chaos informationnel* » régnant sur Internet.

Déjà des « *symptômes générationnels* » apparaissent. L'entreprise du jeu vidéo – plutôt l'empire – génère aujourd'hui près de 125 milliards de dollars de bénéfice ; on évoque l'entrée du E-sport aux Jeux olympiques, des jeux vidéo comme de nouveaux « *vecteurs culturels* », des outils capables « *de changer le monde* » !? Ce monde qui est d'ailleurs déjà un peu bouleversé en Chine, avec ces géants Tencent et NetEase omniprésents dans le paysage vidéoludique, avec ces 400 millions de joueurs. La Chine qui, par ailleurs, impose un programme de surveillance électronique très sophistiqué à la population. Un lien de cause à effet ?

Le basculement de l'humanité dans une nouvelle ère n'épargne pas le système institutionnel. L'irruption des « *gilets jaunes* » – appuyés sur les réseaux sociaux et sur Facebook – l'avait déjà exprimé avec force, au cœur des célébrations des soixante ans d'une République jusqu'alors stabilisée. Au repli individualiste si souvent dénoncé, se substitue la force euphorisante du nombre, facilement mobilisable. L'amplification des contre-pouvoirs sociaux se confirme. On parle de la disruption des partis politiques à l'heure du Web (du verbe « *to disrupt* » qui signifie perturber)... par les stratégies des géants de la communication. Et que dire des quotidiens de presse nationale ? Devant cette révolution, les structures du constitutionnalisme traditionnel se trouvent inévitablement menacées. Au-delà, c'est le concept lui-même de « *démocratie* » qui devra une fois de plus se réinventer. Son histoire à rebondissements montre à quel point il est difficile de le figer dans une définition intemporelle. Il y eut d'abord cette première expérimentation dans la cité athénienne, au siècle de Périclès, l'enracinement du « *mythe* ». Lorsque le peuple se réunissait sur l'Agora pour délibérer et décider ; lorsque la disponibilité des uns (les citoyens) était payée par la servilité des autres (les esclaves). Ensuite la démocratie connaîtra l'avènement du peuple-électeur (avec la généralisation du suffrage universel, avec les partis politiques, puis le vote des femmes). Une autre étape interviendra avec l'avènement du peuple social (exigeant la protection des travailleurs, l'avènement d'une nouvelle génération de droits, le droit de grève, le droit syndical, le droit à la protection sociale...), plus tard du peuple de la diversité (avec la protection des minorités, du pluralisme religieux, avec l'enroulement de la société civile dans l'écriture de la norme). Des visages différents en fonction des âges, auxquels tend à se substituer depuis peu un peuple d'une autre nature, façonné différemment, chargé de revendications nouvelles : le peuple « *webisé* » (par l'usage frénétique du web et du smartphone). Il y aura demain l'arrivée du peuple « *gonflé* » ou « *augmenté* » (par l'intelligence artificielle et le transhumanisme...).

L'élection de Donald Trump en 2016 fut l'un des premiers grands laboratoires d'une dénaturation de la démocratie libérale traditionnelle. La culture sauvage du net et des réseaux sociaux, comme elle peut être pratiquée, avec cette flambée de tweets, de

fake news, cette fascination morbide pour le complot, avec ce goût du voyeurisme, de l'outrance et des insultes, aurait en quelque sorte pulvérisé le « *surmoi* », cette carapace du contrôle, abandonnant l'individu à l'emprise pulsionnelle du « *ça* ». Comme l'avait observé Paul Valéry, on dirait que notre intelligence n'évolue pas au même rythme que la science (La Crise de l'esprit, 1919). Une nouvelle fois, l'Homme s'est fait apprenti-sorcier. Le web, les réseaux sociaux, l'intelligence artificielle, WhatsApp, déversés pêle-mêle sur nos sociétés, comportent des germes de barbarie. Tout comme il y a eu un apprentissage du suffrage universel pour le peuple électeur, il devra y avoir une éducation au numérique pour le peuple « *webisé* ». Le défi est planté pour les démocraties libérales. Car c'est bien à ce peuple là que les « *populismes* » essaient de parler en priorité. Pour Christian Salmon (La tyrannie des bouffons. Sur le pouvoir grotesque, Les liens qui libèrent, 2020), la crise du Covid met en lumière à l'échelle planétaire cette « *tyrannie des bouffons* ». Ce pouvoir grotesque qui s'appuie sur le ressentiment des foules et le rejet de toute rationalité. Bolsonaro, Modi, Zelensky en Ukraine ou encore Morales au Guatemala ne pourraient se maintenir au sommet de l'Etat sans l'aide d'une nouvelle sorte de conseillers, souvent très discrets : ces informaticiens chevronnés maîtrisant données et algorithmes. Une alliance, dirimante pour la démocratie libérale, entre nouveaux « *rois du big data* » et « *clown* » de la politique. Déjà, dans L'Ere du clash (Fayard, 2019), l'auteur se penchait sur l'apparition de nouvelles « *vérités algorithmiques* » imposées, par les Gafam, aux délibérations démocratiques traditionnelles.

Une nouvelle culture est née : celle de l'hyper-narcissisme. Les discours populistes en jouent. La société numérique diffuse la parole ; chacun peut désormais s'exprimer sur tout, donner son opinion sur tout. Elle donne l'illusion du savoir pour tous ; elle aboutit au nivellement des analyses, des sources d'information. Les expressions américaines de post-truth politics ou d'alternative facts révèlent l'ampleur du danger. Le « *virtuel* » prend part au débat, sans que la frontière soit bien nette avec les vérités scientifiques établies. C'est le piétinement progressif du monde de la rationalité et de l'expertise. Le « *dégagisme* » est à l'œuvre. Quelle source de délectation pour le citoyen « *webisé* » ! Voir ces partis politiques décapités les uns à la suite des autres, voir les

élites qui gouvernent s'empêtrer dans ces règles outrancières de transparence, de moralisation, s'humilier devant les petits despotes de la déontologie. Comme ceux qui ont sévi au Brésil il y a quelques années... avant l'élection de Jair Bolsonaro. Il a la certitude que son émancipation politique est en marche, que son autoréalisation personnelle (l'empowerment disent les anglo-saxons) ne rencontrera plus d'obstacles, qu'il n'aura plus à s'en remettre aux choix ni à l'autorité des autres (les élus, les ministres, les parlementaires d'hier). Mais le citoyen « webisé » ignore qu'il entre en même temps, tête baissée, dans le monde d'une aliénation diffuse, de nature économique et technologique. Pendant qu'il laisse des « empreintes numériques » partout, la surveillance de ses comportements se resserre. Les grandes multinationales – les fameuses « Gafam » – collectent en continu une infinité de données sur son mode de vie, sur ses aspirations, ses fantasmes, sur ses habitudes de consommation (les big data) qu'elles revendent à prix d'or à d'autres entreprises – en tout genre – capables ainsi de mieux cibler leurs innovations, leurs ventes, leurs propagandes. Les électeurs sont également ciblés. Elles le flattent pour mieux le domestiquer. Les nouvelles technologies peuvent si facilement s'installer au poste de commande des existences. Les algorithmes nous suivent à la trace. Combien de « zombies » écumant les rues le visage collé sur le smartphone ? Est-ce que ce sont eux qui dominent la technologie ou la technologie qui les domine ? Au-delà de la menace des hackers, sur l'ordinateur, le compte en banque... il y a celle du hacking sur les êtres humains eux-mêmes. Que dire du ramollissement généralisé de la raison critique ? Qu'il est aussi du pain béni pour la propagande populiste.

Comment ne pas voir que le principal ressort des « populismes » se situe dans la révolution numérique ? Laurent Cohen-Tanugi l'a très bien perçu, en la plaçant au cœur de son analyse d'une « démocratie à l'épreuve » (Résistances : la démocratie à l'épreuve, éditions de l'observatoire, Paris, 2017). Un cocktail explosif de politiques néolibérales, de mondialisation économique et de révolution technologique aurait pris forme : facilitant ces attaques en règle contre le statut même de la vérité, de la rationalité et de l'expertise dans le discours politique. Selon lui, le lien entre l'assaut contre la vérité et « l'essor du populisme devient ici manifeste : le premier est un instrument du second ».

L'ère du numérique ouvre évidemment des perspectives formidables pour l'humanité. Mais encore faudra-t-il que l'intelligence collective se mette au niveau du rythme de la technologie. Comment faire ? Comment faire pour relever au plus vite ce peuple « *webisé* », donc diminué, qui constitue en définitive la plus grande menace pour les démocraties libérales elles-mêmes ? La solution pourrait être d'attendre l'avènement du peuple « *augmenté* ». Le transhumanisme comme meilleur remède au populisme. Quelle ironie de l'Histoire !



“Le « collectif citoyen » : un vaccin contre la démocratie ?”, Marine HAULBERT, Maître de conférences de droit public, Université Grenoble Alpes, Centre de Recherches Juridiques, 6/01/2021.

Associer plus largement la population à la politique vaccinale : telle était la volonté affichée par Emmanuel Macron dans son discours du 24 novembre dernier. Vœu qui s’est finalement traduit par la création d’un « *collectif de citoyens* » dont les 35 membres – dont 5 suppléants – devaient être désignés ce lundi 4 janvier.

L’idée n’est pas nouvelle. Elle ressemble même furieusement à la démarche adoptée pour la fameuse « *Convention citoyenne pour le climat* », dont chacun connaît le funeste destin. La démarche ? Dissoudre les oppositions dans un bain de démocratie participative. Voilà qui semble être la nouvelle formule magique brandie par le Président de la République pour faire s’évanouir toute velléité de contradiction en ces temps de « *gestion de crise* ». A défaut de vacciner la population contre la Covid-19, l’exécutif semble vouloir la prémunir contre le virus du doute.

Il n’est pourtant pas certain que cette ambition soit satisfaite, au regard des modalités de sa mise en œuvre. Ce « *collectif citoyen* », dont l’existence est unanimement critiquée, s’inscrira très probablement dans la longue liste des projets mort-nés. En

cause ? Une définition évasive, des contours flous, une mission introuvable, des pouvoirs inexistants, une légitimité factice... En somme, nous voilà face à un véritable « *Frankenstein* » du renouveau démocratique.

Une composition en trompe-l'œil

Ce qui frappe en premier lieu, c'est la composition du collectif, dont les membres sont désignés par un « *prestataire spécialisé* » sous l'égide du Conseil économique, social et environnemental (Cese). En effet, ce dernier a précisé, dans [un communiqué de presse](#) publié le 21 décembre, qu'il s'agirait d'« *un collectif de 30 citoyens tirés au sort, dont la composition a vocation à être la plus représentative possible de la société française* ».

Curieusement, nul ne s'est vraiment interrogé sur le paradoxe inhérent à cette formulation, qui implique de concilier le tirage au sort – c'est-à-dire le *hasard* – avec l'exigence d'un certain mimétisme – et donc la *nécessité* de caractéristiques communes. Il faut mesurer l'abîme qui sépare les deux démarches sur le plan intellectuel : quand le tirage au sort présuppose l'égalité absolue des citoyens – chacun étant supposé pouvoir porter la parole du peuple tout entier – la construction d'un échantillon « *représentatif* » met au contraire l'accent sur les fractures qui divisent la population en diverses catégories – et donc sur les inégalités fondamentales qui la traversent.

A supposer qu'il soit possible de ménager la chèvre et le chou, cette exigence de représentativité a-t-elle vraiment un sens ? [Les statisticiens le savent bien](#) : « *un échantillon n'est jamais représentatif "en soi" ; il est toujours représentatif par rapport à certaines variables* ». Or, les critères retenus par le Cese – l'âge, le genre, la région d'origine, le niveau de diplôme, la catégorie socio-professionnelle, le type d'habitation – sont pratiquement impossibles à reproduire dans un groupe si réduit. Peut-on imaginer trouver, parmi les 35 membres du collectif citoyen, les 1,5% de commerçants qui composent la société française ? Il faudrait pour cela que l'un d'entre eux se dédouble – ou qu'il exerce une autre profession en parallèle. Pourtant, personne ne songerait à affirmer qu'ils ne sont pas concernés par la politique

vaccinale, puisque leur activité est pleinement et directement impactée par la pandémie !

Surtout, ces critères ne disent rien sur l'idée qu'un individu pourra se faire du vaccin. Ou plutôt, ils en disent trop. Car s'ils sont utiles, c'est pour *préjuger* de l'opinion qu'il s'en fera. Et c'est évidemment là que le bât blesse. S'il s'agit de sélectionner des individus dont on connaît déjà l'opinion, en quoi est-ce utile de leur demander leur avis ?

Pour ceux qui douteraient encore, le [JDD](#) a précisé que les membres potentiels du collectif devraient répondre à la question : « *Avez-vous l'intention de vous faire vacciner dans l'année 2021 contre le Covid-19 ?* » en classant leur réponse sur une échelle de 1 à 5. Celle-ci conditionne donc leur intégration au collectif citoyen, qui doit refléter la diversité des avis exprimés par les français à ce sujet. Or, comment ces opinions sont-elles connues ? Par le biais de sondages, réalisés par le même « *prestataire spécialisé* » en interrogeant un échantillon tout aussi « *représentatif* » que le collectif citoyen – à ceci près qu'il rassemble généralement... plus de 1000 personnes !

Voilà qui laisse entrevoir l'utilité du dispositif.

Une fonction bancale

Difficile d'esquisser les contours de la fonction dévolue au collectif citoyen. A lire le communiqué de presse diffusé par le Cese, il doit formuler des « *questionnements* », mais aussi des « *craintes, résistances ou questions liées aux enjeux éthiques de la campagne nationale de vaccination* ». Il pourra également produire des « *observations* » et « *sera invité à s'exprimer sur les choix de politique vaccinale et l'organisation de celle-ci* ».

Pour un juriste, le choix des mots est assez déroutant : on ne trouve ici aucun des termes qui permettent habituellement de décrire l'action d'une institution – et donc d'identifier son rôle. De fait, la fonction attribuée au collectif est vague, inconsistante, évanescente. Ce n'est pas un hasard.

Les citoyens désignés n'ont aucun pouvoir décisionnel – ni même un rôle consultatif. Ils ont pour seule vocation de traduire les

hésitations de l'opinion – sans pouvoir être force de proposition, ni, *a fortiori*, organe de décision. Sur ce point, l'exécutif s'est bien gardé de reproduire l'erreur faite avec la Convention citoyenne pour le climat. Il ne pourra pas se voir reprocher de n'avoir pas tenu compte des propositions faites par le collectif, puisque celui-ci n'est pas invité à donner son avis !

Le Professeur Alain Fischer, qui préside le Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale, [l'a clairement énoncé](#) : « *c'est le Gouvernement qui décide* ». Il ne s'agit pas « *de savoir si les citoyens sont pour ou contre le vaccin* » a [renchéri le Président du Cese](#) ; il faut seulement « *que les gens comprennent pourquoi certaines décisions sont prises, de façon à rétablir la confiance* » [indiquait Jean-François Delfraissy](#) dans une interview au *Monde* publiée le 20 novembre 2020 – quelques jours avant qu'Emmanuel Macron n'officialise la création du collectif. En somme, cet organe n'est rien d'autre que la personnification du peuple sceptique – qui devra se laisser convaincre de l'opportunité de la politique vaccinale, si possible avant l'été.

C'est d'autant plus dommageable que cette instance est de nature à empiéter – ne serait-ce que médiatiquement – sur la place occupée par d'autres organes chargés d'éclairer ou de contrôler l'exécutif. Le député Cédric Villani [l'a souligné](#) – non sans ironie – en déclarant : « *le rôle de ce comité ne m'apparaît pas clairement. Je ne sais pas comment il s'articulera avec ce qui existe déjà* ». Il faut dire qu'en la matière, le choix est pléthorique. Sans compter les parlementaires – dont c'est le « *métier* », comme l'a justement rappelé Jean-François Copé sur BFM TV – le collectif citoyen devra composer avec une commission temporaire du Cese (qui a déjà débuté ses travaux), le Conseil scientifique présidé par Jean-François Delfraissy, le Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale (lui-même composé d'un comité des parties prenantes rassemblant les soignants, établissements de santé et associations de patients, ainsi que d'un comité d'élus locaux), sans oublier le Comité consultatif national d'éthique, qui vient justement de publier un rapport consacré aux [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-Cov-2](#). Cette accumulation vertigineuse d'institutions temporaires – parfois consultatives, rarement décisionnelles, à la légitimité fragile – pose question. Comme si tout cela ne suffisait

pas, le Gouvernement a décidé d'y adjoindre la création d'une plateforme numérique destinée à recueillir l'avis de l'ensemble des citoyens – ceux-là mêmes dont le collectif est censé être « *représentatif* ».

En définitive, il y a fort à parier que cette instance contribuera à brouiller les termes d'une discussion déjà nébuleuse. Et pour un résultat que l'on devine insignifiant si l'on garde en mémoire la [Consultation citoyenne sur la vaccination](#) organisée il y a quelques années par Marisol Touraine – dont le principal effet fut... l'augmentation de la défiance à l'égard de la vaccination, passée de [41%](#) à l'époque à [58%](#) aujourd'hui ! Mais peut-être en est-il de la parole citoyenne comme du vaccin contre la Covid-19 : une double dose est nécessaire ?



« *La suspension des comptes de Donald Trump, un pas de plus vers la gouvernance des plateformes numériques ?* », Jade MEYRIEU, Doctorante contractuelle à l'Université de Montpellier, CERCOP, 13/01/2021.

Le 7 janvier dernier, le PDG de Facebook, Mark Zuckerberg, annonçait par le biais de sa page Facebook officielle, la suspension des comptes Instagram et Facebook du Président Donald Trump suite à l'invasion du Capitole par ses sympathisants. Son compte Twitter sera lui aussi suspendu « indéfiniment » quelques jours plus tard. L'objectif du PDG était d'éviter que les réseaux sociaux ne soient utilisés par le Président sortant « *pour saper la transition légale et pacifique du pouvoir à son successeur, Joe Biden* »^[1]. Ce blocage a soulevé de nombreuses réactions de désapprobation au sein de la classe politique, au niveau national comme international^[2]. Pourtant, cette actualité ne fait que confirmer la place grandissante des GAFAM au sein de fonctions et missions essentielles des États. Cette intrusion numérique dans la transition électorale des Etats-Unis n'est-elle pas la conséquence logique d'une tendance

croissante des États à délaissier voire à déléguer des fonctions régaliennes aux plateformes numériques ? La nécessaire intervention des opérateurs de plateformes dans la régulation des contenus en ligne n'a-t-elle pas conduit à une intrusion d'entreprises privées dans la vie démocratique des pays ? Cette tendance, consubstantielle à l'évolution de la place d'Internet dans nos sociétés, soulève, à terme, la question d'un passage progressif, mais aujourd'hui bien visible, d'un modèle de « gouvernement » à un modèle de « gouvernance ».

Ici, c'est bien la conception régaliennne de l'État qui est remise en cause. La souveraineté des États tend peu à peu à se fondre dans une collaboration ambivalente avec les plateformes, favorisant des modalités de « régulation » se substituant à la « réglementation ». En effet, le passage du « gouvernement » à la « gouvernance » trouve l'une de ses manifestations dans les outils utilisés. Le cas de la régulation de l'information et de la communication sur les réseaux en est une illustration particulière. L'incapacité étatique à réguler les contenus sur Internet a conduit de nombreux États, et en particulier l'État français, à délaissier certaines de ses missions essentielles au profit des plateformes numériques. Depuis peu, celles-ci détiennent un rôle majeur dans la lutte contre les contenus haineux et illégaux sur Internet. Si la *loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet* a été conséquemment censurée par le Conseil constitutionnel^[3], le projet de *loi confortant les principes républicains*^[4] reprend certaines de ces dispositions et notamment, la possibilité pour l'opérateur de priver l'accès à un service de communication en ligne ou à un contenu. Plus encore – dans la continuité de l'analyse de l'actualité américaine – les plateformes se voient attribuer des compétences au sein même du processus électoral, garantissant la sincérité et la qualité de scrutins nationaux. C'est notamment l'objectif poursuivi par la loi du 22 décembre 2018 *relative à lutte contre la manipulation de l'information*^[5], qui prévoit que les opérateurs de plateformes sont non seulement tenus de garantir une information sincère, loyale et transparente,

mais également de faire cesser la diffusion d'informations trompeuses ou inexactes. L'ensemble de ces prérogatives des opérateurs de plateformes en ligne en matière d'information et de communication vient finalement d'être consacré au niveau communautaire par le règlement européen le *Digital Service Act* publié en 2020.

Toutefois, cette substitution des outils de régulation aux outils de réglementation marque la confrontation entre deux philosophies bien différentes. En effet, l'outil utilisé présente une importance substantielle, car ils informent quant à l'idéologie sous-jacente du régime au sein duquel il s'insère. L'intérêt général qui influence la norme étatique est délaissé au profit d'intérêts économiques, socles de la régulation. Ainsi, les arguments juridiques de l'État dans la réglementation des contenus haineux et illicites – à savoir la conciliation entre la liberté d'expression et de communication et la sécurité – peuvent apparaître bien différents des arguments économiques soutenus par les plateformes – tels que la productivité. Davantage, la légitimité de la norme étatique fondée sur un critère démocratique se confronte à la légitimité des plateformes numériques bâtie sur leur puissance économique. *In fine*, cette privatisation de la gestion des controverses laisse entrevoir, à terme, une prévalence des intérêts privés sur les intérêts publics et pose la question de nouveaux « liens d'allégeance » des États et des utilisateurs envers les plateformes.

Dès lors, il est possible de s'interroger sur cette privatisation de missions fondamentales de l'État, particulièrement dans le cas des processus électoraux. En effet, l'État reste le garant de la cohésion sociale et de la continuité démocratique d'un pays, en tant que dépositaire de la volonté générale. Les nouveaux liens d'allégeance qui semblent se tisser sont alors éminemment dangereux si, tel que l'indique l'actualité, les plateformes obtenaient une influence sur les jeux politiques internes, ou sur la désignation des gouvernants nationaux. Les opérateurs

s'apparenteraient alors à des « *speaker* » de l'espace public sur les réseaux sociaux, distribuant la parole aux différents acteurs politiques. La garantie de la continuité démocratique présentée comme justification à la censure des réseaux de Donald Trump pourrait facilement être réutilisée et instrumentalisée, sans que de véritables contrôles soient effectués. Ainsi, il s'agira d'être attentif aux prochaines élections présidentielles et au rôle que tiendront les plateformes numériques au sein du rendez-vous démocratique le plus attendu des français. Nul doute que les GAFAM feront acte de présence, encore faut-il savoir quelle sera leur place au sein du processus électoral.

[1] Damien Leloup, Alexandre Piquard, « « Trop, c'est trop » : l'heure de vérité pour Twitter, Facebook et YouTube face aux comptes de Donald Trump », *Le Monde*, 7 janvier 2021, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/01/07/trop-c-est-trop-l-heure-de-verite-pour-twitter-facebook-et-youtube-face-au-compte-de-donald-trump_6065485_4408996.html. [consulté le 11 janvier 2021]

[2] À titre d'illustration, le ministre de l'Economie Bruno Le Maire estime que « *la régulation des géants du numérique ne peut pas se faire par l'oligarchie numérique elle-même* », « Trump banni des réseaux sociaux : les politiques européens s'alarment. », *Les Echos*, 11 janvier 2021.

[3] Décision n°2020-801 DC 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les discours haineux sur Internet, *JORF* n°0156 du 25 juin 2020.

[4] Chapitre IV « Dispositions relatives à lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne », Projet de loi n°3649 confortant le respect des principes républicains.

[5] Article 1 de la Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à lutte contre la manipulation de l'information(1). Ces compétences se limitent aux trois mois précédent le premier jour du mois d'élection.



« Urgence d'une gouvernance mondiale démocratique », Dominique ROUSSEAU, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 23 janvier 2021.

Le coronavirus est une affaire mondiale. Les flux migratoires sont une affaire mondiale. Le réchauffement climatique est une affaire mondiale. Les inégalités sociales sont une affaire mondiale. La fraude fiscale est une affaire mondiale. L'égalité homme/femme est une affaire mondiale. La liberté de la presse est une affaire mondiale. Ces « affaires » n'engagent pas l'existence d'un peuple, d'un Etat ou d'un continent ; elles engagent l'existence de tous les peuples, de tous les Etats, de tous les continents. Au même moment. Il serait donc illusoire de penser ou laisser croire que chaque peuple, chaque Etat, chaque continent peut régler ces affaires « à sa manière », « selon sa libre décision ». Il faut abandonner le principe de souveraineté, principe devenu inutile et dangereux, abandonner le cadre national-étatique et proposer le principe de solidarité pour (re)fonder l'ordre politique mondial qui vient.

En 1941, Ernesto Rossi et Alterio Spinelli, militants antifascistes enfermés dans la prison de l'île de Ventotene écrivent un manifeste encore plus d'actualité en ce début de XXIème siècle : « L'idéologie de la souveraineté nationale a constitué un puissant levain de progrès ; elle a permis de surmonter bien des divergences basées sur l'esprit de clocher dans l'optique d'une plus vaste solidarité contre l'oppression des dominateurs étrangers. Elle portait cependant en soi les germes de l'impérialisme capitaliste. La souveraineté absolue des Etats nations a conduit à la volonté de domination de chacun d'eux, vu que chacun se sent menacé par la puissance des autres et considère comme son 'espace vital' des territoires de plus en plus vastes devant lui permettre de se mouvoir librement et de s'assurer ses moyens de subsistance sans dépendre de personne. En conséquence de cela, de garant de la liberté des citoyens, l'Etat s'est transformé en patron de sujets tenus à son service. Le

problème qu'il faut résoudre tout d'abord – sous peine de rendre vain tout autre progrès éventuel – c'est l'abolition définitive de la division de l'Europe en Etats nationaux souverains ».

Cette conclusion en forme d'invitation n'a pas été entendue au sortir de la seconde guerre mondiale. Elle doit l'être aujourd'hui, en 2021, pour sortir de la polycrise. Comme la Renaissance a fait émerger le principe de souveraineté et l'Etat, la mondialisation impose un autre principe d'organisation politique : le principe de solidarité entre les peuples pour gérer leurs biens communs en se dotant d'institutions mondiales.

Objectivement, toutes les économies, toutes les musiques, toutes les idées, toutes les émotions sont connectées. Objectivement, tous les peuples forment une communauté humaine mondiale multiculturelle. Objectivement, les humains partagent les mêmes situations, connaissent les mêmes conditions et vivent les mêmes événements qui les constituent en un Être historique mondial. Et ce depuis longtemps s'il faut en croire Montaigne affirmant que « chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition ». Mais, subjectivement, cette humaine condition, cet Être historique mondial, cette communauté d'existence n'était pas ressentie par les peuples. Parce que tous les savoirs conduisaient chaque peuple à se vivre comme une singularité irréductible. Parce que la réaction spontanée, aujourd'hui encore, est d'objecter que les différences culturelles, démographiques, religieuses, économiques et politiques au sein du Monde interdisent de poser l'existence d'un Être historique mondial. Mais, à ce titre, il deviendrait vite impossible de parler d'un Être historique français au regard des pratiques sociales qui varient parfois fortement d'un bout à l'autre de l'hexagone. Sauf à définir la société comme une réunion de clones, la diversité et même les différences n'empêche pas de faire société ; elle en est au contraire la condition puisque faire société c'est toujours s'associer avec un autre que soi-même en trouvant avec cet autre les intérêts, les principes, les valeurs qui peuvent faire lien. L'Être historique mondial n'est pas l'expression d'un devenir hégélien de l'Être historique européen ou occidental. Il est construit et il se construit par la faculté des peuples de raisonner les uns avec les autres leurs ressemblances, leurs différences, leurs correspondances.

Aujourd'hui, le subjectif rejoint l'objectif. Par la multiplication des crises – sociale, environnementale, sanitaire, ... – les peuples prennent conscience de « leur communauté de destins » selon les mots d'Edgar Morin, ressentent dans leur être ce que les artistes chantaient en 1985 : « we are the world ». Avec le coronavirus, chaque peuple fait l'expérience de la nécessaire coordination mondiale des scientifiques – qui ne sont pas tous dans un même pays ! – pour trouver le bon traitement ; fait l'expérience de la formule jusque-là abstraite et lointaine « la santé est un bien commun mondial » ; fait l'expérience des systèmes économiques qui les lient et les obligent à penser ensemble les modes de sortie de crise.

Cette expérience sensible ne doit pas être perdue ; elle doit se faire expérimentation selon le processus décrit par John Dewey, c'est-à-dire, manifestation par des actes et par des institutions de la conscience qu'ont les peuples de leurs expériences relationnelles. Si la santé est maintenant ressentie comme un bien commun mondial et non comme un concept, il devient possible de déconnecter ce bien des institutions étatiques-nationales pour le confier à une institution mondiale. Et il en est ainsi de la question du climat, de biodiversité, des flux migratoires, de la fraude fiscale, ...

Au demeurant, le chemin proposé n'est pas nouveau. Au sortir de la seconde guerre mondiale, pour assurer la paix en Europe et la solidarité entre ses peuples, les pères fondateurs ont enlevé aux Etats la gestion du charbon, de l'acier et de l'atome pour la confier à des institutions supranationales gérées en commun. De même, les agences spécialisées de l'ONU – OMS, OIT, FAO, ... - ont été l'expression de la première étape de la prise de conscience de l'alimentation et du travail comme des biens communs mondiaux. Mais elles sont aujourd'hui dépassées par une prise de conscience plus aigüe, plus forte et plus urgente du principe de solidarité qui impose de les reconstruire sur la base du droit des citoyens du monde à participer à leur administration et la définition de leurs politiques publiques. Dès lors que ces futures institutions mondiales auront la responsabilité de définir les politiques publiques en matière de santé, de climat, de travail qui pèseront sur les citoyens du monde, il est logique qu'ils

participent à leur construction et à leur gouvernance. Logique et démocratique.



« L'indépendance de la justice malade de son ministre », Dominique ROUSSEAU, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 26/01/2021.

Avocat, Robert Badinter était contre la peine de mort. Ministre, Robert Badinter a fait voter l'abolition de la peine de mort. Avocat, Eric Dupond-Moretti était contre les peines de sûreté. Ministre, Eric Dupond-Moretti a fait voter la loi établissant les peines de sûreté. Par ce seul geste, il affaiblissait non la magistrature mais le métier d'avocat et la fonction de ministre puisqu'il faisait en live la démonstration que ses convictions ne valent rien contre un maroquin ministériel. Autre temps, autre mœurs...

Plus grave – si possible ! – le garde des sceaux a le pouvoir d'interférer dans des affaires où, avant sa nomination, il était l'avocat d'une des parties, voire une partie. Concrètement, l'avocat Eric Dupond-Moretti a déposé une plainte pour violation du secret professionnel et atteinte à la vie privée dans l'affaire des écoutes téléphoniques diligentées par le Parquet national financier pour savoir qui avait informé Nicolas Sarkozy qu'il était sur écoute téléphonique dans le cadre d'une affaire sur un possible trafic d'influence. Devenu ministre, il retire sa plainte mais demande à l'inspection générale de la justice de conduire une enquête administrative pouvant déboucher sur une procédure disciplinaire contre... trois magistrats nommément désignés du Parquet national financier. Là encore, d'un seul geste, le ministre de la Justice porte atteinte au principe de la présomption d'innocence et se met objectivement dans une situation d'abus de pouvoir et de conflit d'intérêts. D'ailleurs, le 6 octobre, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a demandé au ministre de lui expliquer comment il compte éviter ces possibles conflits d'intérêts dans l'exercice de ses fonctions ministérielles.

L'autorité d'un ministre de la justice sur l'institution judiciaire dépend de ses qualités personnelles d'intégrité et du respect à l'égard des trois acteurs principaux de l'institution : les magistrats, les greffiers et les avocats. Or, aujourd'hui, tout le monde doute et ce doute rend malade la Justice. Et par ricochet rend malade la démocratie. Car la Justice a toujours été un « marqueur » de la démocratie. Les sociétés sont sorties de la barbarie lorsqu'elles ont abandonné le lynchage pour la Justice, institution de la mesure et de l'équilibre parce qu'elle fonctionne sur les principes du contradictoire, de l'impartialité et de l'indépendance. L'indépendance des magistrats comme celle des journalistes n'est pas un privilège corporatiste mais une garantie pour le justiciable que son procès sera conduit en dehors de toute pression. Une société qui voit un ministre de l'intérieur flatter la police et un ministre de la justice dénigrer la magistrature est une société qui va mal.



« Le 16^e gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'est plus », Méliandre TALON, doctorante contractuelle à l'Université de Montpellier, CERCOP, 2/02/2021.

Dans la matinée du mardi 2 février 2021, trois membres de l'exécutif néo-calédonien issus de l'Union Calédonienne (UC), suivis dans l'après-midi de deux membres de l'Union nationale pour l'indépendance (UNI) ont présenté leur démission aux présidents du Congrès et du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

De fait, le 16^e gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'est plus. En effet, l'article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, dans sa version issue de la loi organique n°2011-870 du 25 juillet 2011, prévoit en son III que « [s]i le nombre de membres du gouvernement à remplacer est égal ou supérieur à la moitié de l'effectif déterminé conformément à l'article 109 ou s'il n'a pas été fait application du

présent III dans les dix-huit mois précédents, le gouvernement est démissionnaire de plein droit et il est procédé à l'élection d'un nouveau gouvernement dans un délai de quinze jours. [...] Le gouvernement démissionnaire assure l'expédition des affaires courantes jusqu'à l'élection d'un nouveau gouvernement. ». Or, l'article 109 de cette même loi organique dispose que « [l]e nombre des membres du gouvernement, compris entre cinq et onze, est fixé préalablement à son élection par délibération du congrès. » Jusqu'alors, le 16^e gouvernement néo-calédonien était composé de 11 membres élus par le Congrès de Nouvelle-Calédonie, respectivement issus de l'Avenir en Confiance (4 membres), de l'UC (3 membres), de l'UNI (2 membres), de Calédonie Ensemble (1 membre) et de l'Éveil Océanien (1 membre). La démission de 5 des 11 membres de l'exécutif néo-calédonien entraîne donc *de facto* la chute du gouvernement.

La crise institutionnelle qui secoue depuis ce matin la Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans un contexte politique, économique et social tendu. La lettre de démission évoque en ce sens la « *persistance des difficultés économiques et sociales accumulées depuis de longues années* », « *l'incertitude sur l'avenir institutionnel du pays accentuée par l'absence d'un dialogue constructif avec l'État en prévision de la prochaine consultation* », ou encore le « *secteur du nickel* ». Il faut dire que, depuis la proclamation des résultats du deuxième référendum d'auto-détermination du 4 octobre 2020 (53,26 % « NON », 46,74 % « OUI »), les partis politiques néo-calédoniens, et notamment indépendantistes, sont entrés dans une phase active de concertation avec le Gouvernement français au sujet de l'avenir institutionnel du pays et de l'organisation d'une troisième consultation. L'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 prévoit en ce sens qu'à l'issue du deuxième référendum, « *[s]i la réponse est à nouveau négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est encore négative, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.* » Un troisième — et peut être ultime — référendum d'auto-détermination devrait donc très probablement voir le jour en 2022.

Cette phase de négociation, qui s'est notamment concrétisée avec le déplacement du Ministre des Outre-mer en Nouvelle-Calédonie suite à la proclamation des résultats de la

consultation, a depuis lors été complexifiée par de vives et violentes tensions sociales autour de la question de la vente de l'une des principales usines de nickel du pays par son actionnaire majoritaire, le groupe Vale NC[1]. Les enjeux économiques mais également politiques qui lient l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie et l'avenir de l'Usine du Sud n'ont pas manqué d'être rappelés par le Ministre des Outre-mer. À l'occasion d'un discours adressé aux néo-calédoniens le 11 janvier dernier, M. Sébastien Lecornu énonçait très clairement que « [s]i la Nouvelle-Calédonie devient indépendante, la France se désengagera de l'usine du Sud »[2]. Or, eu égard au poids que représente la filière du nickel dans l'économie calédonienne, cette affirmation vaut son pesant d'or dans la balance des arguments en faveur ou contre l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. À travers la parole du ministre, l'État semble jouer l'une de ses meilleures cartes en frôlant de près son obligation de neutralité vis-à-vis du processus de décolonisation et d'auto-détermination à l'œuvre.

Un nouveau gouvernement devrait donc être désigné par le Congrès dans les 15 jours à venir. Le dispositif prévu par l'article 121 sera alors mis à l'épreuve. Celui-ci avait en effet été modifié par la loi organique n°2011-870 du 25 juillet 2011 en raison des abus résultant de l'utilisation excessive de la démission de plein droit, qui avait conduit à la formation de quatre gouvernements néo-calédoniens successifs entre février et juin 2011. En vue de limiter l'instabilité gouvernementale, l'article 121 fixe désormais un délai de carence de 18 mois pendant lesquels le gouvernement ne peut plus être démissionnaire de plein droit lorsque plus de la moitié de son effectif reste pourvu, et prévoit une faculté de désignation complémentaire au profit du groupe démissionnaire. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs validé ce dispositif, sous réserve que la désignation complémentaire ne puisse opérer qu'à l'égard des personnes ayant été initialement désignées par le Congrès pour siéger à l'organe exécutif[3].

La nouvelle composition du gouvernement à venir pourrait bien marquer un tournant majeur dans la crise politique et économique que connaît actuellement la Nouvelle-Calédonie. Rendez-vous, donc, dans 15 jours.

[1] P. Roger, C. Wéry, « En Nouvelle-Calédonie, la filière nickel aux abois », *Le Monde*, 21 janvier 2021.

[2] « Vœux de Sébastien Lecornu, ministre des Outre-mer, aux Calédoniennes et aux Calédoniens », 11 janvier 2021 [<https://outre-mer.gouv.fr/voeux-de-sebastien-lecornu-ministre-des-outre-mer-aux-caledoniennes-et-aux-caledoniens>]

[3] Cons. const. 2011-633 DC du 12 juillet 2011, *Loi organique modifiant l'article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 5.



« L’antagonisme ami/ennemi, terreau fertile du macronisme », Alexandre VIALA, Professeur à l’Université de Montpellier, Directeur du CERCOP, 31/05/2021

« Xavier Bertrand est un adversaire, Marine Le Pen un ennemi ».

C’est avec cette nuance sémantique que le garde des Sceaux, Eric Dupond-Moretti, a justifié son entrée en campagne dans les Hauts-de-France en vue des élections régionales des 20 et 27 juin prochains. Derrière le propos du ministre qui affiche sa démarche au nom du seul souci de faire barrage à l’extrême-droite, une lecture réaliste de cette séquence politique permet d’y repérer une stratégie savamment mise en place au sommet de l’exécutif pour affaiblir un concurrent potentiel aux élections présidentielles de 2022[1]. Devant l’ennemi explicitement désigné, s’interpose un adversaire gênant susceptible de venir troubler le duel Macron/Le Pen et de se qualifier pour le second tour des élections présidentielles face à une candidate que les sondages érigent, depuis le début du quinquennat, au rang d’opposant le plus audible au président de la République. Dans le contexte local des Hauts-de-France, l’idée serait que l’entrée en scène du ministre vienne siphonner le

réservoir électoral de Xavier Bertrand, soit pour compromettre sa réélection à la tête de la région que ce dernier avait imprudemment présentée comme la condition de sa candidature à l'élection présidentielle, soit pour le pousser, au second tour, à une alliance avec la majorité présidentielle en vue de le priver politiquement, pour 2022, d'un espace autonome entre celle-ci et le Rassemblement national : avant d'affronter l'ennemi, il faut d'abord affaiblir l'adversaire. La démarche s'inscrit dans le logiciel tactique du chef de l'Etat qui consiste à affaiblir les formations politiques traditionnelles du monde d'hier, à droite comme à gauche, pour reconfigurer le paysage politique. Une reconfiguration dont Edouard Philippe avait dessiné les contours le 18 novembre 2017 devant les cadres de la République en marche, en usant de cette métaphore : « *la poutre travaille encore, laissons-la travailler* ». Révélatrice de l'évolution contemporaine des rapports de forces partisans, la sortie sémantique d'Eric Dupond-Moretti est, de surcroît, très intéressante du point de vue de la théorie politique.

Depuis le *big bang* électoral de 2017, qu'on peut lire comme un « double 21 avril », une règle tacite oriente le jeu actuel de l'échiquier politique. Le dîner festif de la Rotonde, entre les deux tours de la présidentielle, fut le signe de son intériorisation : le graal revient à celui qui se qualifiera en finale face à la représentante d'un électorat protestataire qui a fait sociologiquement sécession en se maintenant solidement au-dessus des 25 % sans pouvoir raisonnablement, plafond de verre oblige, caresser l'espoir de rassembler au second tour. Le bénéficiaire de cette règle stratégique est l'homme qui l'a implicitement fabriquée en choisissant, avec audace et intelligence, le moment opportun pour se présenter au suffrage des électeurs au nom du dépassement du clivage gauche-droite. Tel est le pari de la « révolution » de 2017. Et de substituer à ce traditionnel clivage, pour nourrir sa stratégie gagnante, celui qui oppose les « progressistes » et les « conservateurs » ou, comme dirait Karl Popper, partisans de la « société ouverte » et tenants

de la « société fermée ». Certes, Emmanuel Macron n'est pas l'usurpateur, pour reprendre l'étiquette dont on l'affuble parfois, qui aurait pris d'assaut l'Élysée au nez et à la barbe des partis traditionnels et imposé cette règle. Son élection est le symptôme d'une évolution sociologique qui outrepassse le contexte hexagonal et dont les facteurs, antérieurs à 2017, expliquent le nouveau paysage électoral.

Depuis la fin des années 1980 et la chute du Mur, la démocratie libérale a triomphé de l'idéologie marxiste. Cette victoire signait la fin des grands récits idéologiques voire, selon certains, la fin de l'histoire[2]. L'histoire, assortie jusqu'à présent de son cortège de tragédies, allait s'arrêter pour permettre enfin au droit et à la raison de régner paisiblement et de nous aider à faire le deuil du conflit et de la politique. Cette illusion post-politique a porté un coup fatal à la social-démocratie lorsque ses figures les plus emblématiques, à l'instar de Tony Blair, Gerhard Schröder ou Bill Clinton, ont fait le choix de s'adapter aux contraintes de l'orthodoxie néolibérale issue de la révolution conservatrice des années Reagan et Thatcher, en privilégiant la fameuse « troisième voie » pudiquement dénommée « sociale-libérale ». D'où le désengagement progressif d'un électorat populaire qui, progressivement orphelin de sa représentation traditionnelle qu'incarnaient les partis et les syndicats réformistes, s'est réfugié dans l'abstention ou le vote protestataire de type identitaire.

Un mot-valise s'est alors imposé : « populisme » pour désigner non pas tant une idéologie qu'une technologie consistant, pour un leader, à revendiquer le pouvoir en fustigeant les corps intermédiaires et en usant de toute une panoplie rhétorique destinée à opposer de façon caricaturale les « élites » à un « peuple » essentialisé et conçu de façon homogène. La séduction que cette méthode a exercée sur les classes populaires et pour laquelle la droite nationaliste s'est montrée plus habile que la gauche radicale, constitue l'événement

sociologico-politique le plus important de ces vingt dernières années. Il traduit le retour de l'histoire sur un mode qui, hélas, n'est plus *agonistique* comme l'était le conflit entre la droite et la gauche, mais *antagonistique*.

Cette nuance est importante pour comprendre le chemin difficile que traverse aujourd'hui la démocratie à l'épreuve de la montée des populismes[3]. Elle est celle dans laquelle s'inscrit le propos d'Eric Dupond-Moretti pour justifier son entrée en campagne pour les régionales. On en doit l'introduction dans le vocabulaire de la théorie politique à Chantal Mouffe, philosophe post-marxiste considérée aujourd'hui comme la principale référence intellectuelle du « populisme de gauche ». L'auteure oppose en effet deux visions divergentes de la démocratie. La première est celle qui correspond à la philosophie politique libérale qui promeut, depuis Benjamin Constant, une approche « asociative » du politique, fondée sur la recherche du consensus et de l'agir en commun. La quête du consensus constitue, très précisément, le moteur de la stratégie de la République en marche qui, en dépassant le clivage entre la gauche et la droite, prétendait réconcilier les français, en 2017, autour de valeurs centristes et libérales. A cette option, dont Chantal Mouffe se démarque[4], répond la conception « dissociative » du politique fondée sur le conflit. Elle est très ancienne et remonte à Machiavel, Hobbes et, plus proche de nous, Max Weber qui forgea le concept de « polythéisme des valeurs » pour montrer que dans une société ouverte, les choix normatifs ultimes ne peuvent prétendre à aucune forme de vérité ni d'objectivité[5]. Cette approche connaîtra une version radicale susceptible d'en corrompre le sens, chez Carl Schmitt qui proposera une définition du politique en termes d'opposition « ami/ennemi » impliquant la discrimination, chère à tous les leaders populistes, entre un « Nous » (le peuple) et un « Eux » (les élites).

Or, il a été souvent reproché à Chantal Mouffe de s'approprier, à l'appui de sa lecture critique de la démocratie

libérale, la grille d'analyse schmittienne « ami/ennemi » qui n'est pas très compatible, tant s'en faut, avec les potentialités émancipatrices de sa pensée post-marxiste. Ce grief lui a notamment valu d'être rangée dans le camp des « confusionnistes » qui contribueraient à « *la désagrégation relative des repères politiques* » et au « *développement de passerelles discursives entre extrême-droite, droite, gauche modérée et gauche radicale* »^[6]. Ce procès repose, à mon avis, sur une mécompréhension de l'analyse de la philosophe belge qui, contrairement à Carl Schmitt, n'essentialise pas le peuple qu'elle considère, à l'instar de tout auteur d'origine marxiste, comme le produit d'une construction sociale et discursive. Ce en quoi, encore une fois, la droite nationaliste a toujours été plus habile dans l'art de la technologie populiste que la gauche radicale et ce en quoi, pourrait-on surenchérir, l'expression « populisme de gauche » dans laquelle on enferme Chantal Mouffe est un oxymore quand « populisme de droite », au contraire, résonne comme une tautologie. Chantal Mouffe, en réalité, s'est évertuée à « penser avec Schmitt contre Schmitt »^[7]. C'est ici qu'intervient le sens subtil de la nuance qu'elle fait entre l'agonisme et l'antagonisme. Si le mot « antagonisme », effectivement, renvoie à l'opposition schmittienne « ami/ennemi », l'agonisme désigne un rapport de force moins belliqueux, que la philosophe qualifie d'*adversarial*. L'agonisme est en effet le conflit démocratique entre deux visions de la société qui certes, ne peuvent pas faire l'objet d'un consensus mais qui demeurent, néanmoins, portées par des acteurs se reconnaissant réciproquement comme légitimes.

« Tandis que l'antagonisme, écrit-elle, représente une relation nous/eux dans laquelle les parties sont ennemies et ne partagent aucun fond commun, l'agonisme est une relation nous/eux où les parties en conflit, bien qu'elles admettent qu'il n'existe pas de solution rationnelle à leur désaccord, reconnaissent néanmoins la légitimité de leurs opposants. Ce sont des adversaires et non pas des ennemis. Cela signifie que, bien

qu'ils soient en conflit, les opposants se perçoivent comme appartenant à la même association politique, comme partageant un espace symbolique commun au sein duquel le conflit prend place. On pourrait dire que la finalité de la démocratie est de transformer l'antagonisme en agonisme »[\[8\]](#).

Or, que se passe-t-il depuis la « révolution de 2017 » qui a fait bouger la poutre en substituant le clivage « société ouverte/société fermée » au vieux clivage « gauche/droite » ? Précisément l'inverse de ce que Chantal Mouffe prête idéalement à la démocratie. La reconfiguration de l'échiquier politique provoquée par l'élection d'Emmanuel Macron a transformé l'agonisme en antagonisme. Plus que paradoxalement, la forme « asociative » de la démocratie, caractéristique de l'obsession consensuelle du social-libéralisme, alimente l'antagonisme quand, bien au contraire, le traditionnel conflit entre la droite et la gauche qu'Emmanuel Macron s'est donné pour mission de dépasser en affaiblissant ses adversaires, de droite comme de gauche, nourrissait vertueusement ce qui fait l'essence du politique : l'agonisme. Voilà pourquoi, pour reprendre la nuance sémantique d'Eric Dupond-Moretti, la majorité présidentielle songe d'abord à l'adversaire, qu'il convient d'affaiblir dès le premier tour, afin d'affronter, au second tour et sans encombre, l'ennemi auquel est attribué, peut-être à tort, l'inaptitude à briser son plafond de verre électoral. Peut-être à tort : tel est le jeu dangereux d'un antagonisme dans lequel se complaisent, depuis le début du quinquennat et au terme d'une objective complicité, Rassemblement national et majorité présidentielle.

[\[1\]](#) L. Alemagna, Ch. Chaffanjon, J-B Daoulas, *Régionales. Les partis flambent et Macron souffle sur les braises*, Libération, 25 mai 2021, p. 2.

[\[2\]](#) F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, trad. D-A Canal, Flammarion, 1992.

[\[3\]](#) Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, trad. J-M Souzeau, Editions de l'Observatoire, 2018.

[4] C. Mouffe, *L'illusion du consensus*, trad. P. Colonna d'Istria, Albin Michel, 2016 ; *Macron, stade suprême de la post-politique*, Le Monde, 1^{er} juin 2017.

[5] S. Mesure et A. Renaut, *La guerre des dieux. Essai sur la querelle des valeurs*, Grasset, 1996.

[6] Ph. Corcuff, *La grande confusion. Comment l'extrême droite gagne la bataille des idées*, Ed. Textuel, 2020, p. 31.

[7] C. Mouffe, *L'illusion du consensus*, *op. cit.*, p. 26.

[8] *Ibid*, pp. 35-36.



Derrière l'arbre de la loi, la forêt des ordonnances, Sylvie SALLES, Maître de conférences en droit public, Université de Bretagne occidentale, Lab-LEX, EA 7480, 22/11/2021.

Et si les ordonnances étaient devenues le principal vecteur d'adoption des normes ayant force de loi ?

N'est-ce pas l'impression que donnent les chiffres depuis le déclenchement de la crise sanitaire ? Quand 14 lois sont promulguées en 2020 afin d'adapter le droit ou de combattre les conséquences du Covid, 99 ordonnances sont prises avec le même objet. Le nombre d'ordonnances est très largement supérieur à celui des lois. L'appel massif aux ordonnances dépasse semble-t-il l'indispensable réactivité gouvernementale face à la crise sanitaire. Au-delà des chiffres attachés à cette période, plus qu'une véritable nouveauté le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution est surtout d'une ampleur nouvelle ce qui mérite d'être souligné.

Pourquoi ? Parce qu'une ordonnance est une loi qui ne dit pas son nom rédigée et adoptée – certes sur habilitation parlementaire – par l'exécutif. Une ordonnance est dès lors une loi privée de ce tamis parlementaire dont on sait pourtant, avec Guy Carcassonne, que l'on n'a pas inventé mieux[1]. L'article 38 de la Constitution prévoit une dérogation temporaire à la règle rappelée à l'article 24 selon laquelle le Parlement vote la loi : « le Gouvernement peut,

pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Aussi, ce n'est pas tant l'usage ponctuel de l'article 38 – justifié en certaines occasions – qui fait ici l'objet de ces lignes que l'habitude, devenue si forte et indépassable, qu'elle en devient la norme. La pratique, intensifiée avec la crise, a dépassé la lettre comme l'esprit de la Constitution. Ce n'est pas par un changement formel^[2] que le droit constitutionnel s'est modifié. L'accumulation exponentielle d'ordonnances produit – c'est là l'un des nœuds du problème – un déplacement du foyer de la confection des lois et, ce faisant, un déplacement de la réalité du pouvoir : la loi est conçue et adoptée – et non plus seulement conçue à raison de l'initiative gouvernementale – majoritairement au Gouvernement. Il en résulte un effacement de la représentation nationale, les parlementaires élus participant concrètement à une proportion moindre de textes législatifs produits par an ; in fine, mécaniquement, cette évolution conforte la mise à distance du peuple. Ce n'est donc pas tant l'ordonnance en soi, le mécanisme prévu par la Constitution, que son détournement en nombre qui pose désormais des difficultés théoriques et pratiques dont il revient aux juristes de mesurer les conséquences sur l'équilibre des institutions. D'autant qu'à l'heure de la prochaine campagne présidentielle, le sujet « ordonnances » pourrait devenir un élément du débat, des candidats affichant déjà comme gage d'efficacité leur intention de recourir massivement aux ordonnances^[3].

Si le présent texte vise à pointer quelques-uns des traits saillants heurtant, à bien y regarder, de plein fouet nombre des présupposés du modèle de démocratie représentative et de son avenir, le sujet a peiné à faire l'actualité. Peut-être parce qu'il est d'autant plus difficile de revenir sur une pratique qu'elle s'est installée progressivement comme un moyen durable – conscient ou non – de contournement de l'action du législateur par le gouvernement. De ces questionnements découle la nécessité de rechercher des moyens de renouveler le savoir sur les ordonnances, d'en préciser la réalité à l'instant t et d'en tirer des conséquences pour l'avenir au prisme des enjeux de la confection des normes.

Renouveler le savoir sur les ordonnances.

Une partie du savoir sur la fabrication des ordonnances est à rechercher à un niveau au premier abord plus proche de l'ingénierie administrative et/ou de la stratégie ministérielle que du raisonnement juridique. Autrement dit, pour une compréhension des motivations réelles du législateur gouvernemental, il est sans doute nécessaire de se tourner aussi vers les procédures de fabrication des textes au sein de l'exécutif (sous-entendu ne pas se limiter aux procédures, stratégies et coutumes ayant cours dans les chambres du Parlement). Ainsi, sans qu'il ne s'agisse forcément d'un regain d'intérêt pour la science administrative, la science politique ou la sociologie, il n'est pas exclu de s'interroger sur les lacunes qui persisteraient à n'envisager le sujet des ordonnances que sous le seul angle purement juridique avec la limitation des matériaux que cela présume. C'est pour combler ce manque qu'une équipe d'universitaires bretons s'est attachée à travailler durant le premier semestre 2021 sur la base de nouveaux matériaux issus d'entretiens réalisés en présence d'acteurs (parlementaires, conseillers d'Etat, directeurs d'administrations centrales associés à l'élaboration des ordonnances, enseignants-chercheurs) pour tenter de répondre à quatre questions :

- 1) Pourquoi l'exécutif choisit-il le véhicule « ordonnance » plutôt que « loi » ?
- 2) Est-ce réellement préjudiciable ?
- 3) Pourquoi le Parlement accepte-t-il de se déposséder, qui plus est à un tel rythme ?
- 4) Un retour en arrière est-il – encore – possible et est-ce souhaitable ?

En nous faisant l'honneur de répondre positivement aux multiples questions qui étaient les nôtres, les participants aux entretiens ont fait apparaître combien chacun, depuis le poste qui était le sien, n'avait conscience ni de l'existence d'un phénomène à croissance constante ni de l'effet cliquet qui s'instaurait – ou, pour

le dire autrement, de l'installation d'une forme d'irréversibilité du toujours plus d'ordonnances.

La surprise a été proportionnelle à la richesse des matériaux collectés et à la densité des témoignages recueillis. En effet, le sujet est plus délicat qu'il n'y paraît en raison de son caractère polymorphe. Abordé d'un point de vue général en droit public, il se heurte évidemment à l'héritage révolutionnaire de sacralité de la loi exprimant la volonté générale, il porte les traces historiques des échecs des III^e et IV^e Républiques aux prises avec les décrets-lois, il soulève des problèmes de concours et de hiérarchies entre les normes, et il suscite des questions récurrentes quant aux frontières des contentieux relevant du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, en particulier depuis la décision QPC du 28 mai 2020^[4]. Si les enseignements académiques de droit parlementaire ou de droit gouvernemental sont essentiels, ils ne permettent pas ou plus de saisir dans leur entièreté les mutations à l'œuvre. Entre le savoir universitaire et la réalité de la production de la loi un écart s'est creusé. D'un point de vue plus spécifique en droit privé notamment, certaines ordonnances ont suscité la critique, à l'instar de celle du 11 mars 2020 relative au majeur protégé^[5] tant la rédaction et les conditions de mise en œuvre laissaient d'incertitudes au lendemain de la crise. Un tel constat, qui n'est pas isolé, remet en cause l'un des arguments souvent utilisés d'une meilleure qualité de la loi quand celle-ci procède de l'article 38.

Remonter le temps et comprendre : une rupture qualitative ancienne, un emballement quantitatif récent.

La crise de 2020 ne marque pas une rupture (la préférence pour l'ordonnance) après une longue période de continuité (la préférence pour la loi), elle ne fait que révéler l'aspect quantitatif. Au contraire, la rupture – le basculement qualitatif et quantitatif pour l'ordonnance – a eu lieu bien en amont, la progression des ordonnances étant marquée chronologiquement par trois points d'inflexion^[6].

De 1960 au milieu des années 1990, le recours à l'article 38 est rare. Après un premier usage en 1960 dans le contexte algérien, il ne sera utilisé par la suite que 25 fois pour une publication totale

de 158 ordonnances, soit l'équivalent en trente ans de la seule année 2020.

À partir de 1997, soit avant « l'été des ordonnances » que le Professeur Delvolvé avait sévèrement pointé[7], apparaît le réflexe gouvernemental de sollicitation d'une habilitation législative. Mécaniquement – bien plus alors que par volonté stratégique ou machiavélique de contournement du Parlement – s'installe l'habitude – administrative et politique – de recourir aux ordonnances tant l'offre en temps parlementaire n'est plus suffisante à satisfaire la demande normative, et ce en dépit du passage en 1995 à la session parlementaire unique. La « famine temporelle »[8] du législateur pour parler avec les mots du sociologue allemand Hartmut Rosa s'aggrave rapidement en raison de l'empilement des multiples besoins en matière de codification, de transposition du droit de l'Union européenne, ou encore du fait des conséquences de la révision de l'article 74 de la Constitution sur l'outre-mer. Le temps et l'enthousiasme du Parlement étant limités pour les textes à faible efficacité politique et électorale, on s'accorde dans les ministères pour procéder ponctuellement – mais massivement – par ordonnances. De là s'installe l'idée fondamentale sur laquelle on ne reviendra plus, au risque de nier les articles 34 et 37 de la Constitution, que dans le domaine de la loi certains sujets relèvent du Parlement quand d'autres peuvent être laissés au Gouvernement.

Et depuis l'instauration du quinquennat, une nouvelle approche matérielle de la loi s'est dessinée. Envisagée en ses différents segments, la loi est le plus souvent découpée, morcelée : pour la part belle – cœur politique de la loi – la délibération parlementaire est conservée, pour les parties sectorielles, techniques et arides, dont la plus-value délibérative est moindre, est opéré un découpage en plusieurs ordonnances. Dès lors, le nombre d'ordonnances dépasse celui des lois et on assiste à une progression illimitée au point qu'à la fin du troisième semestre 2021, on constate, non sans effroi, combien le nombre des ordonnances publiées depuis 2017 est désormais supérieur aux quinquennats qui ont précédé : de 45 % de plus qu'en 2012-2017 et 151 % de plus qu'en 2007-2012[9]. Mais ce glissement qui pourrait passer pour seulement quantitatif, est tout autant qualitatif en ce que la chasse gardée du Parlement pour la part

fondamentale des lois – sorte de pacte initial – s’efface au profit d’ordonnances touchant aux libertés.

Tout cela confirme les symptômes d’un mal français que l’on pourrait ici qualifier de burn out législatif, ce que les crises de 2015 et de 2020 ont accentué.

Agir contre ce qui s’apparente de plus en plus à un « burn out législatif ».

Le Sénat, qui a bien identifié la menace, s’est doté à l’instigation de son président d’une nouvelle « délégation de contrôle et du suivi des ordonnances »[\[10\]](#) et a engagé une vaste étude pour forger d’éventuelles réponses à un tel usage. Le rapport d’information de la sénatrice Valérie Létard sur le bilan annuel de l’application des lois au 31 mars 2020[\[11\]](#), ainsi que les indicateurs de suivi de l’activité normative publiés par le secrétariat général du gouvernement pour 2021[\[12\]](#), sont autant d’éléments qui, en raison de leur cumul, sonnent l’alerte. Ils révèlent que si, en 2019 et 2020, 47 lois ont été adoptées, 58 et 125 ordonnances peuvent être recensées. Ces données concourent à conforter l’idée qu’en période « normale » le recours aux ordonnances, loin d’être exceptionnel, est déjà devenu une pratique soutenue. La crise sanitaire n’est décidément pas le générateur – ce qui spontanément avait pu sembler être le cas à observer les ordonnances Covid s’additionner – mais seulement le révélateur d’un phénomène plus ancien qui s’embrase.

Sur un plan institutionnel, le temps qui était un facteur dans les relations est devenu un acteur de la confection des normes législatives. Désormais, les institutions apparaissent prisonnières d’un rythme et d’un emballement normatifs qu’elles ont, faute de résistance ou de réinvention des procédures, participé à créer. Fort de cette compréhension, le Sénat est en chemin pour ériger un contre-pouvoir au pouvoir de l’ordonnance.

Sur un plan universitaire, cette situation fait ressortir un vide problématique. Le savoir fondamental sur les sources législatives du droit est bousculé par l’accroissement rapide de la quantité des ordonnances, et ce dans toutes les matières. À laisser courir le temps, les enseignements dans les facultés – les cours, les

manuels, les conférences – pourraient rapidement perdre le contact avec la réalité du processus normatif alors que ce qui se joue – la mutation du régime – doit évidemment être discuté en acceptant de focaliser l'attention sur la fabrication gouvernementale.

Sur un plan politique, il n'est pas nécessairement rassurant de constater que la fin du règne de la loi découle d'une succession de pratiques non précédée d'une réflexion sur la dynamique des pouvoirs et contre-pouvoirs de notre système institutionnel. La séance publique du 6 octobre dernier au Sénat[13] sur la question de fond des ratifications illustre à l'envie combien le sujet, qui ne fait qu'émerger, va irriguer les débats et combats à venir dans l'enceinte parlementaire et au-delà[14]. Il n'est pas non plus totalement sécurisant de relever qu'à ce stade la domination de l'ordonnance ne se traduit ni par une stabilisation de la masse normative – certains codes ayant été multipliés en volume par dix en dix ans – ni par une amélioration de la qualité de la norme. Ce ne sont que des observations, pas encore des conclusions... Il reste alors au juriste de ne pas rester insensible à ce déplacement du foyer de la confection des lois du Parlement vers le Gouvernement ainsi qu'à ses conséquences sur l'équilibre des pouvoirs.

[1] G. Carcassonne, *La Constitution*, Points, 2014, p. 199.

[2] Étant entendu que la révision avait opéré une modification de l'article 38.

[3] Dans le programme électoral publié en avril 2021 sur son site internet et intitulé « [Le calendrier des 100 jours après Macron \(Mai 2022-Août 2022\)](#) », le député Guillaume Peletier – dont le soutien à d'autres candidats est à ce jour encore incertain – affirmait clairement qu'il emploierait le recours aux ordonnances comme « méthode de gouvernement » : « L'adoption des projets de loi présentés en Conseil des ministres donnera lieu, pour la plupart, à des promulgations d'ordonnances et à une ratification à la rentrée parlementaire, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ». Loin d'être anecdotique, cet exemple montre combien l'acculturation politique à une telle vision du futur de la production des normes de valeur législative a vocation à s'installer.

[4] [Cons. const. n° 843 QPC du 28 mai 2020](#).

[5] [Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020](#), relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou

médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

[6] La progression ainsi décrite est le résultat de l'analyse croisée des entretiens réalisés en 2020 et des rapports du Sénat de 2014 et de 2020 sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

[7] Dans un article resté célèbre à la revue française de droit administratif en 2005.

[8] H. Rosa, Accélération et aliénation. Vers une théorie critique de la modernité tardive, La découverte, 2010.

[9] Sénat, Suivi trimestriel du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, T3 2021, p. 2.

[10] Le suivi est disponible sur le [site du Sénat](#).

[11] Létard V., Rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020, Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 juin 2020.

[12] Secrétariat général du gouvernement, Indicateurs de suivi de l'activité normative, 2021, disponible [ici](#).

[13] Séance publique du 6 octobre 2021.

[14] Voir en ce sens la tribune des sénateurs Jean-Pierre Sueur et Patrick Kanner : « Avec les ordonnances, le pouvoir exécutif finit par se substituer au pouvoir législatif », Le Monde, 16 novembre 2021.

> Pour en savoir plus sur l'auteur
: <https://univ-droit.fr/universitaires/23427-salles-sylvie>

IV – JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET ETAT DE DROIT



“La Cour de Strasbourg, juge de la valorisation des opinions dissidentes des juges constitutionnels”, Eric SALES, Maître de conférences, HDR, Faculté de droit de l’Université de Montpellier, CERCOP, 3/01/2021.

Résumé : Par le biais des opinions dissidentes, les juges constitutionnels peuvent - au soutien de la décision majoritaire - formuler une argumentation différente. Il leur est également possible de défendre une solution opposée à celle finalement retenue par la Cour constitutionnelle. L’originalité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme est de faire droit aux opinions dissidentes des juges constitutionnels pour fonder - sur la base de leur raisonnement - l’inconventionnalité de la décision par laquelle la Cour constitutionnelle avait jugé de la constitutionnalité de la mesure contestée. Elle est riche d’enseignements sur l’influence de la CEDH sur le droit constitutionnel national.

Depuis l’avènement de la justice constitutionnelle, il est devenu habituel pour les constitutionnalistes de considérer que la majorité politique n’a pas nécessairement juridiquement raison. La loi du nombre peut effectivement être oppressive et tout l’intérêt du contrôle de constitutionnalité est de permettre de le constater et de le sanctionner sur le terrain du droit constitutionnel. La loi votée n’exprime la volonté générale qu’à partir du moment où elle respecte la Constitution. Une loi votée par la majorité politique du moment en méconnaissance du texte fondamental n’exprime donc pas la volonté générale. L’accès aux cours constitutionnelles, y compris et surtout pour l’opposition politique, est en conséquence un avantage intéressant pour la minorité politique car les juges constitutionnels peuvent leur donner juridiquement raison. Ainsi, il est souvent considéré que la justice constitutionnelle est un facteur déterminant de rétablissement des équilibres constitutionnels dans de nombreux régimes politiques au sein desquels la majorité politique au pouvoir détient entre ses mains le pouvoir exécutif et le pouvoir

législatif. Les cours constitutionnelles font office de contre-pouvoir.

Toutefois, en présentant les choses de cette façon, on oublie parfois que les décisions des juges constitutionnels sont elles aussi prises à la majorité. Ainsi, ce qui est valable pour la majorité parlementaire peut l'être également pour la majorité juridictionnelle. Il faudrait donc pouvoir admettre que les décisions prises par la majorité des juges constitutionnels sont juridiquement discutables. Il est vrai qu'elles peuvent toujours être remises en cause, au niveau national, par une révision de la Constitution. Il est également possible de le faire dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, une loi déclarée conforme à la Constitution peut être reconnue inconstitutionnelle par les juges de Strasbourg^[1]. Mais les juges européens sont allés plus loin en remettant en cause des décisions de justice constitutionnelle en s'appuyant, pour ce faire, sur les opinions dissidentes des juges constitutionnels. Ils ont donc donné raison à la minorité juridictionnelle en considérant que la majorité des juges avait commis une inconstitutionnalité. Les affaires à l'origine de cette valorisation des opinions dissidentes (I) permettent de dégager des enseignements intéressants (II).

I – Les affaires à l'origine de cette valorisation

Dans une première affaire turque^[2] à l'occasion de laquelle la Cour EDH a procédé ainsi, il ne s'agissait pas d'une opposition frontale avec une décision de la Cour constitutionnelle. Le requérant se plaignait du fait d'avoir été obligé de révéler sa croyance en raison de la mention obligatoire de la religion reprise sur sa carte d'identité, sans son consentement, en méconnaissance du droit à la liberté de religion et de conscience et de l'article 24 § 3 de la Constitution en vertu duquel « *nul ne peut être contraint de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses* »^[3]. En présence d'une question d'interprétation constitutionnelle, c'est donc au titre du droit interne pertinent que la Cour EDH s'est intéressée à la jurisprudence constitutionnelle. En l'occurrence, elle a expressément relevé que 5 juges constitutionnels sur 11 s'étaient opposés à la décision par laquelle la Cour constitutionnelle avait reconnu que la législation imposant la mention obligatoire de la religion sur la carte d'identité et sur

les registres d'état civil était conforme à la Constitution[4]. Plus précisément, les juges européens se sont focalisés sur l'argumentation de l'un des juges constitutionnels minoritaires en observation de laquelle « *l'inscription de la religion dans le registre de la famille, ainsi que sur les cartes d'identité avant que l'enfant ne soit majeur et sans son consentement, constitue en fait une divulgation forcée de la religion dans la vie quotidienne (...) la présentation de ce document lors de l'inscription à une école ou de l'accomplissement des formalités concernant le service militaire correspondent (...) bel et bien à une « contrainte[5] »*. » De son côté, la Cour EDH rajoutera que cette obligation légale a été jugée conforme à la Constitution malgré l'affirmation, contenue dans l'article 24 § 3 de la Constitution turque, selon laquelle « *nul ne peut être contraint de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses* ». Au final, elle estimera que le droit de ne pas divulguer sa religion ou sa conviction, lequel relève du for intérieur de chacun, est inhérent à la notion de liberté de religion et de conscience. A ce titre, la Cour donnera raison au requérant en considérant qu'il y a bien eu violation de l'article 9 de la Convention lequel ne saurait être lu « *comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition visant à extérioriser sa religion ou conviction, (car) on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir[6]* ». La jurisprudence constitutionnelle a donc été remise en question par la Cour de Strasbourg en s'appuyant en partie sur l'opinion dissidente d'un juge constitutionnel turc.

Il est intéressant de remarquer la concordance de temps entre cette affaire jugée par la Cour de Strasbourg le 2 mai 2010 et la révision constitutionnelle du 7 mai 2010, déjà connue dans son contenu à ce moment-là, ayant permis notamment au pouvoir politique en place de maîtriser en grande partie la composition de la Cour constitutionnelle turque. Il est difficile de dire avec certitude que la Cour EDH a volontairement développé, à cette occasion, une jurisprudence qui, dans son principe, permettra aux juges constitutionnels turcs minoritaires et téméraires de se faire entendre à Strasbourg. Toutefois, l'arrêt Sinan Işık offre bien cette possibilité très intéressante. Pour celles et ceux qui doutaient de l'intérêt des opinions dissidentes, il y a ici une preuve déterminante de leur utilité contentieuse.

Dans une deuxième affaire plus récente[7], où cette fois-ci une décision de la Cour constitutionnelle turque était directement en cause[8], la Cour EDH s'est appuyée à nouveau sur l'opinion dissidente d'un juge constitutionnel[9] turc favorable au requérant. Alors que la solution constitutionnelle retenue par la majorité, à la suite d'un recours individuel, consistait à dire que la détention provisoire du député[10] concernant des infractions en lien avec une organisation terroriste[11] était justifiée et proportionnée, les juges de Strasbourg ont donné « *un poids considérable aux conclusions du juge minoritaire de la Cour constitutionnelle* »[12]. Ce dernier, tout en estimant qu'il existait, au regard des preuves contenues dans le dossier, une forte indication qu'une infraction avait été commise par le requérant[13], retenait pour sa part le caractère disproportionné de la détention provisoire ainsi que l'absence de justification valable permettant de mettre à l'écart une mesure alternative à la détention[14]. En effet, le risque de fuite n'était pas avéré dans la mesure où l'intéressé a poursuivi ses activités politiques sans démontrer une intention de s'enfuir. En outre, il souligna qu'entre la date de l'entrée en vigueur de la modification de la Constitution levant l'immunité parlementaire du requérant et celle de sa mise en détention provisoire, le requérant était parti à l'étranger plus de dix fois et qu'il n'avait pas essayé de s'enfuir. Dans l'ensemble, l'opinion dissidente du juge constitutionnel consistait à démontrer que la détention provisoire emportait une double violation de la Constitution. D'abord, une méconnaissance du droit à la liberté et à la sécurité individuelles énoncé à l'article 19. Ensuite, « *en rappelant que l'intéressé était député et co-président d'un parti politique qui avait obtenu plus de 5 millions de voix, il considéra que la détention provisoire de celui-ci en l'absence des raisons pertinentes et suffisantes constituait également une violation du droit d'être élu et de mener des activités politiques tel que protégé par l'article 67 de la Constitution* ».

En accord total avec cette position du juge constitutionnel minoritaire, la Cour européenne des droits de l'homme a donc jugé que le requérant avait été privé, par la mesure litigieuse, de toute possibilité de se consacrer à ses responsabilités parlementaires. La détention provisoire était en conséquence incompatible avec la substance même du droit d'être élu et d'exercer son mandat parlementaire, reconnu au requérant par l'article 3 du Protocole n° 1. Elle a également porté atteinte au

pouvoir souverain de l'électorat qui l'a élu député. En conséquence, sur une question démocratique essentielle, les juges européens n'ont pas hésité à associer leur argumentation à celle d'un juge constitutionnel isolé qui n'était pas parvenu à convaincre ses propres collègues. Le juge constitutionnel minoritaire, valorisé par la Cour EDH, a donc eu juridiquement raison et ce à l'entier bénéfice du requérant.

II – Les enseignements à retirer de cette valorisation

Plusieurs enseignements peuvent être utilement retirés de ces affaires. Tout d'abord, les justiciables, exerçant un recours individuel devant la Cour constitutionnelle turque, doivent être attentifs aux opinions dissidentes des juges constitutionnels dès lors que la décision rendue leur est défavorable. Ils pourront y trouver éventuellement des arguments avantageux à développer devant la Cour EDH.

Ensuite, les juges constitutionnels turcs eux-mêmes comprendront l'intérêt qui est le leur d'exposer le plus clairement possible leur position minoritaire car ils savent désormais que leur opinion juridique peut compter et l'emporter à Strasbourg. Face à la reprise en main politique de la composition de la Cour constitutionnelle orchestrée par la réforme constitutionnelle de 2010, cette jurisprudence européenne est la bienvenue pour les juges constitutionnels désireux d'asseoir leur indépendance tout en opposant une résistance juridique potentiellement efficace.

Enfin, la Cour EDH y trouve certainement un intérêt car les opinions dissidentes, prises en considération dans ces deux exemples, ont organisé leur raisonnement juridique en s'appuyant sur la jurisprudence des juges strasbourgeois. C'est donc toujours le système de la Convention qui est à l'œuvre et d'abord au niveau national. La manœuvre est habile dans la mesure où la Cour constitutionnelle concernée, celle de Turquie dans ces deux illustrations, n'est pas totalement discréditée puisque la solution juridique avait déjà été formulée dans sa propre enceinte. La Cour EDH ne fait que la mettre en évidence. En outre, à partir d'une opinion dissidente, valorisée par les juges européens, la Cour constitutionnelle est également invitée à faire évoluer sa jurisprudence pour la rendre conventionnellement compatible. Elle a d'ailleurs tout intérêt à le faire sous peine d'être encore déjugée

par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, le système de la Convention poursuit son développement continu toujours sous le contrôle ultime de la Cour EDH dont on peut imaginer qu'elle s'attachera à vérifier l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle[15].

[1] V. par exemple, Cour EDH, 28 oct. 1999, n° 24846/94, Zielinski c/ France, AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss ; D. 2000. 184, obs. N. Fricero ; RFDA 2000. 289, note B. Mathieu ; RTD civ. 2000. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; et Conseil constitutionnel, 18 décembre 1997, n° 97-393 DC ; D. 1998. 523, note V. Champeil-Desplats ; obs. L. Favoreu ; GDCC, 15^e éd. 2009. n° 39 ; RFDA 1998. 148, note B. Mathieu.

[2] Cour EDH, Sinan Işık c. Turquie, Requête n° 21924/05, 2 mai 2010. Qu'il soit permis ici de renvoyer à E. Sales, *"La Turquie, un Etat de droit en question"*, à paraître chez L'Harmattan en 2021, 230 p.

[3] Il affirmait par ailleurs avoir présenté une demande devant les juridictions civiles tendant à obtenir le remplacement de la mention « *islam* » par celle de sa confession « *alévie* » sur sa carte d'identité, considérant que la mention existante ne correspondait pas à la réalité. Il contestait à cet égard la procédure ayant abouti au refus de sa demande, au cours de laquelle la direction des affaires religieuses avait qualifié sa confession d'interprétation de l'islam.

[4] Cour constitutionnelle, 21 juin 1995, Journal officiel le 14 octobre 1995. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle déclara l'article 43 de la loi n° 1587 sur l'état civil conforme aux articles 2 (laïcité) et 24 (liberté de religion) de la Constitution.

[5] Cour EDH, Sinan Işık c. Turquie, préc., § 16. L'argumentation du juge constitutionnel minoritaire est assez proche de celle développée par la Cour EDH elle-même dans un précédent arrêt (V. Cour EDH, Sofianopoulos et autres c. Grèce, n°s 1977/02, 1988/02 et 1997/02, CEDH 2002-X).

[6] La Cour rappellera ici son arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni (13 août 1981, § 52, série A n° 44) et l'opinion dissidente d'un des juges de la Cour constitutionnelle figurant dans le paragraphe 16 de l'arrêt analysé (Sinan Işık c. Turquie).

[7] Cour EDH, Selahattin Demirtaş c. Turquie (N° 2), Requête n° 14305/17, 18 mars 2019.

[8] Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 (n° 2016/25189).

[9] Opinion formulée à l'occasion de la décision de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 (n° 2016/25189) par laquelle celle-ci déclara la requête irrecevable.

[10] Membre du parti démocratique des peuples (HDP, un parti politique pro-kurde de gauche) et candidat aux élections présidentielles de 2014 et de 2018.

[11] Il s'agit du PKK.

[12] Cour EDH, Selahattin Demirtaş c. Turquie, préc., § 192.

[13] Ce qui était reconnu par la Cour constitutionnelle et confirmé par la Cour européenne selon laquelle il existait des « *raisons plausibles* » de soupçonner le requérant d'avoir commis une infraction pénale. V. Cour EDH, Selahattin Demirtaş c. Turquie, préc., § 167 à 170. En revanche, dans une affaire concernant un membre de la Cour constitutionnelle turque, écarté de ladite Cour par les juges constitutionnels eux-mêmes, la Cour de Strasbourg a estimé que sa mise en détention ne reposait pas sur l'existence de soupçons plausibles. V. Cour EDH, Alparslan c. Turquie, Requête n° 12778/17, 9 septembre 2019.

[14] Le juge constitutionnel minoritaire a fait référence aux principes découlant de la jurisprudence de la Cour EDH, notamment dans l'affaire Buzadji c. République de Moldova, n° 23755/07, 5 juillet 2016. V. Cour EDH, Selahattin Demirtaş c. Turquie, préc., § 79.

[15] Toutefois, une question demeure. Les décisions de la Cour européenne, rendue également à la majorité des juges, peut faire l'objet de critiques identiques. Dans ces conditions, comment prendre en compte utilement les opinions dissidentes des juges de la Cour de Strasbourg ? Sur l'importance de ces opinions sur la jurisprudence de la Cour, v. P. Pinto de Albuquerque (org.), « *Droits de l'homme, Les opinions séparées vues par la doctrine* », LexisNexis, novembre 2020, 800 p.



« La Commission européenne inaugure son mécanisme européen de protection de l'Etat de droit », Stéphane PINON, Maître de conférences de droit public, qualifié professeur des Universités, membre du CERCOP, Dalloz, n°44, 24 décembre 2020, p. 2461, 13/01/2021.

Présentation du « Point de vue »

À propos de la Constitution de 1958, il a pu être dit qu'à défaut d'avoir voulu instaurer un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, l'écriture « permissive » du texte constitutionnel a rendu l'évolution possible. L'observation vaut aussi pour l'Union européenne : à défaut de faire clairement de la défense de l'*Etat de droit* une priorité d'action, l'écriture permissive des traités a autorisé sa mise en œuvre.

L'ampleur qu'occupe aujourd'hui cette préoccupation dans l'agenda des institutions européennes était encore inimaginable il y a une décennie. Il suffit de se reporter aux tables des matières des revues de droit communautaire de l'époque, aux index des manuels ; aucune entrée sur l'« Etat de droit » ne s'y trouve. Car il y avait peu de choses à dire sur le sujet. Plus exactement, la notion et les actions qui l'accompagnent restaient, sur le sol européen, du ressort d'autres acteurs : des Etats en premier lieu (immergés selon les traditions dans les exigences de la *Rule of Law*, du *Rechtsstaat* ou de l'Etat de droit depuis plus d'un siècle) mais aussi, à un degré moindre, du Conseil de l'Europe (avec la surveillance juridictionnelle de la Cour européenne des droits de l'Homme ou les travaux de la Commission de Venise). Du côté de l'Union, seule une sorte de contrôle *a priori* intervenait, lors du processus d'adhésion, bien vite délaissé *a posteriori*, une fois l'Etat devenu membre. Tout a radicalement changé depuis peu. L'Europe, sous l'impulsion conjointe de la Commission et de la Cour de justice^[1], s'érige désormais en palladium de l'Etat de droit sur le territoire des « Vingt-sept ». Le rôle qu'elle revendique s'apparente à celui qui préside les relations entre Etat

fédéral/Etats fédérés dans une fédération. Il est vrai que la poussée grandissante des tendances autocratiques et illibérales dans certains Etats soulève bien des périls, y compris pour la survie à long terme du projet européen. Pour y faire face, les instruments déployés sont maintenant nombreux, appartenant au registre de la sanction, de l'incitation ou de la simple coopération.

Des plus marquants aux plus périphériques on peut citer : le mécanisme de sanction politique prévu à l'article 7 du traité sur l'Union européenne en cas de non-respect des « valeurs » de l'Union (en sommeil jusqu'alors puis déclenché contre la Pologne et la Hongrie en 2017 et 2018) ; le fameux recours en manquement – ou en « infraction » – employé pour la première fois sur le fondement d'une atteinte à l'Etat de droit en 2018, encore contre la Pologne (condamnée à deux reprises en 2019^[2] et soumise à des mesures provisoires par une ordonnance de la CJUE du 8 avril 2020) ; le règlement en cours d'adoption relatif au régime général de « conditionnalité pour la protection du budget de l'Union »^[3] ; les recommandations par pays formulées dans le cadre du Semestre européen ; le tableau de bord de la justice dans l'UE ou encore les programmes « Next Generation EU ». D'autres instruments sont annoncés, comme le « plan d'action pour la démocratie européenne » ou la « nouvelle stratégie pour la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux ».

Le 30 septembre 2020, à l'initiative de la Commission de Bruxelles, un autre outil de lutte est inauguré : **le mécanisme européen de protection de l'Etat de droit**. Réclamé par Ursula von der Leyen lors de son discours d'investiture du 16 juillet 2019, il a trouvé la voie de sa concrétisation. Comment ? Par une série de « rapports » publiés le 30 septembre. Le plus visible prend la forme d'une « Communication », longue de 32 pages, intitulée « *Rapport 2020 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne* ». Il est accompagné de vingt-sept rapports (appelés « chapitres »), de 15 à 20 pages chacun, établissant une évaluation de la situation pays par pays.

Quels furent les objectifs poursuivis ? Quelle fut la méthode pour y parvenir ? Quel sentiment domine à la lecture de ces 500 pages ? Quels sont les limites du mécanisme ? Comment la situation de la France est-elle perçue ? Toutes les réponses à ces

questions se trouvent dans le « Point de vue » publié au *Recueil Dalloz*, le 24 décembre 2020

Un seul élément sera développé ici, que le format de notre article publié ne permettait pas d'insérer. Alors qui sont, pour la Commission, les bons et les mauvais élèves ? Les mauvais élèves sont connus – Pologne, Hongrie – et déjà exposés à diverses mesures de sanction. Les « chapitres » les concernant s'avèrent d'ailleurs beaucoup plus travaillés, notamment sur le volet justice. À un degré moindre, l'Etat de droit en Roumanie, en Bulgarie, à Chypre et en Slovaquie suscite aussi l'inquiétude. Des pays présentent un bilan tout juste acceptable, comme Malte (sous le suivi constant de la Commission de Venise), la Croatie et la République tchèque. À l'autre bout de la chaîne, parmi les « bons élèves », on trouve la Suède (« l'un des pays les moins corrompus de l'UE et du monde » et qui semble cocher toute les cases de la perfection), les six pays fondateurs (l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, la Belgique, avec toutefois quelques rares réserves émises sur la situation en Italie et au Luxembourg), le Danemark (où l'ouverture du processus législatif à la société civile est salué), ainsi que le trio des pays baltes (Lituanie, Lettonie et surtout Estonie) qui se distingue notamment par une haute maîtrise des technologies de l'information et de la communication, par une greffe fructueuse de l'outil numérique sur le fonctionnement de la justice et par un processus « inclusif » pour l'adoption des lois.

Ce tableau a de quoi interpellier. En effet, des pays qui ne disposent pas d'un Tribunal constitutionnel et qui voient les juridictions ordinaires écarter les lois pour inconstitutionnalité à titre exceptionnel (Suède, Danemark, Finlande, Estonie...) apparaissent comme les meilleurs gardiens de l'« Etat de droit ».

On en déduira trois choses. Tout d'abord, une perspective historique souvent oubliée : des régimes de libertés ont pu se conjuguer avec la faiblesse ou l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois (voir l'histoire parlementaire britannique ou de la démocratie néerlandaise). Ensuite, un constat d'ordre conceptuel : l'« Etat de droit » se révèle aujourd'hui d'une grande plasticité. Saisi par les instances supranationales comme le Conseil de l'Europe ou les institutions de l'Union, il a même pu perdre son lien d'interdépendance avec la normativité

constitutionnelle. Enfin, on déduira des travaux réalisés par la Commission européenne que la protection la plus efficace de « l'Etat de droit » peut intervenir dans des pays dépourvus de juridiction constitutionnelle spécialisée et dans lesquels le *self-restraint* des juridictions ordinaires domine (première déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi par la Cour suprême suédoise en 2000, en 2004 en Finlande, une seule sanction de ce type intervenue au Danemark...).

Dans une proximité avec ce que Stephen Gardbaum appelle *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*^[4], il existe bien une troisième voie pour le constitutionnalisme libéral : ni celle de la pleine souveraineté parlementaire, ni celle du triomphe de la justice constitutionnelle consacré en Europe après la Seconde guerre mondiale (sur le modèle allemand, autrichien ou italien), mais celle de la balance des pouvoirs entre le législateur élu et les juridictions. Il s'agit d'un modèle dans lequel chaque branche – politique et juridictionnelle – se trouve engagée dans un dialogue sur le contenu et la mise en œuvre des droits. Un mot d'ordre domine du côté des juges : toujours essayer d'interpréter les lois conformément au *Bill of Rights*, tout en évitant de les invalider. C'est le modèle de la valorisation des compétences parlementaires, du respect du suffrage et de la modestie du juge, qui ne cherche pas à s'ériger en garant autoproclamé de la raison et du progrès des civilisations. La Norvège, le plus vieux modèle de contrôle « diffus » de constitutionnalité (après celui des Etats-Unis), l'avait expérimenté très tôt^[5]. À défaut d'avoir instauré un « mécanisme de protection de l'Etat de droit » bien convaincant, la Commission de Bruxelles aura au moins souligné l'intérêt, pour les constitutionnalistes, de porter leurs investigations en direction des démocraties du Nord de l'Europe.

^[1] Le Parlement européen intervient également dans ce champ d'action, mais à titre d'acteur secondaire. Concernant les organes intergouvernementaux (Conseil européen et Conseil), ils apparaissent structurellement freinés par leur composition politique et leur mode de votation.

^[2] Pour la sanction des « manquements » de la Pologne : voir l'arrêt *Commission/Pologne* du 5 novembre 2019, C-192/18 et l'arrêt *Commission/Pologne* du 24 juin 2019, C-619/18. Ils sont référencés dans le Rapport annuel 2019 de la CJUE, au sein d'une rubrique appelée, pour la première fois, « L'Etat de droit ». Depuis 2017, la série des jurisprudences « Etat

de droit » est maintenant bien enclenchée. Un tournant dans l'histoire de la CJUE.

[3] Ensemble de règles nécessaires à la protection du budget de l'Union – avec suspension du paiement des fonds, par exemple – en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre. Voir la position du Conseil en 1^{ère} lecture (2020, C441/01), JOUE du 18 décembre 2020.

[4] S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013. L'auteur s'appuie surtout sur la pratique au Royaume-Uni (depuis l'adoption du *Human Rights Act* en 1998), au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

[5] Voir M. Langford, B. K. Berger, « Norway's Constitution in a Comparative Perspective », *Oslo Law Review*, n°3-2019 (volum 6), consultable sur https://www.idunn.no/oslo_law_review/2019/03.



"Le Président Badinter et la dignité de la personne humaine, retour sur les archives des décisions du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 et du 19 janvier 1995", Eric SALES, Maître de conférences, HDR, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, CERCOP, 1/02/2021.

Résumé : La loi organique du 15 juillet 2008 offre désormais la possibilité de consulter les archives du Conseil constitutionnel à l'expiration d'un délai de vingt-cinq ans à compter de la date du document. Cette ouverture fondamentale permet de découvrir, par la lecture des comptes rendus de séance, les débats des membres de l'institution et de comprendre de l'intérieur les décisions prises dont certaines l'ont été sous l'influence déterminante du Président du Conseil constitutionnel du moment comme en 1994 et en 1995 où M. Badinter joua un rôle essentiel dans la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine et dans le rattachement audit principe de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

En tant qu'avocat M. Badinter a mené un combat contre la peine de mort en obtenant, une fois devenu ministre de la justice, son abolition par la loi. Dans un discours poignant, prononcé devant l'Assemblée nationale le 17 septembre 1981, il rappelait alors avec force l'indignité d'une justice qui tue.

En tant que Président du Conseil constitutionnel, il a contribué à la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la dignité de la personne humaine érigée au rang de principe de valeur constitutionnelle. Plus précisément, dans la décision du 27 juillet 1994, « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » qui ressort de la phrase introductive du Préambule de la Constitution de 1946 rappelant (qu') « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés »[1]. Toujours sous sa présidence, dans la décision du 19 janvier 1995, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent sera reconnue comme un objectif de valeur constitutionnelle découlant, en cascade et de façon originale, des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 et du principe précité de dignité de la personne humaine[2]. La publication récente des procès-verbaux de ces décisions permet de revenir sur le rôle important joué notamment par le Président Badinter à ces deux occasions.

La libre consultation des archives, qui procèdent de l'activité du Conseil constitutionnel à l'expiration d'un délai de 25 ans[3], donne la possibilité de découvrir l'envers du décor des décisions rendues par les juges constitutionnels et la mémoire de l'institution de la rue Montpensier. Parmi les éléments parfaitement connus, le rapporteur présente un projet de décision et les conseillers échangent sur cette base avec une grande liberté de ton avec une direction déterminante des débats confiés au Président du Conseil constitutionnel. Parmi, les choses moins connues – mais que l'on peut deviner – il y a les tensions, les désaccords au sein de l'institution sur l'argumentation à privilégier au secours de laquelle la doctrine universitaire est parfois exploitée. Il arrive que le droit constitutionnel comparé soit utilisé. Le recours aux précédents comptes rendus n'est pas rare ne serait-ce que pour vérifier si l'intention des juges était de consacrer ou non tel ou tel principe constitutionnel [4] et de s'assurer de la préservation de la ligne jurisprudentielle. Il y a aussi cette magistrature d'influence du Président qui n'hésite pas à affirmer ses convictions, ses doutes ou encore ses attentes en

faveur de la consécration d'un nouveau droit ou d'une nouvelle liberté en mesurant par anticipation les réactions des observateurs. Le Président Badinter n'était pas favorable aux solutions tièdes lesquelles seraient nécessairement accueillies comme un manque de courage de la part de l'institution. Bref, "ou bien on écrit ou bien on se tait" disait-il [5].

En 1994, la marge de manœuvre était mince et les enjeux considérables. Les questions abordées par le législateur étaient particulièrement sensibles qu'il s'agisse de la procréation artificielle, des prélèvements d'organes, de la protection de l'embryon humain ou encore de l'étude génétique et de l'identification par les empreintes génétiques. En outre, en toile de fond de la loi sur la bioéthique, la crainte fondamentale de l'eugénisme – présente dans l'esprit du législateur et des juges – commandait sans aucun doute l'affirmation d'un principe essentiel imposant au législateur de fixer des limites au progrès de la science. Si la dignité n'est pas expressément mentionnée dans la Constitution, elle pouvait néanmoins être consacrée en référence aux premières phrases du Préambule de la Constitution de 1946 lui-même rappelé par le texte introductif de la Constitution de 1958. Le Président Badinter le souligne nettement en précisant que si le rattachement est « ténu », il reste possible [6]. Ainsi, la lutte contre les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine est devenue la base du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ce faisant le Président Badinter a pu convaincre les membres du Conseil constitutionnel d'enraciner un principe central en s'appuyant sur la philosophie du Préambule de 1946, tout en marquant indéniablement l'histoire de l'institution et celle du droit constitutionnel français. Alors que la proposition de M. Badinter d'intégrer le principe de dignité de la personne humaine dans la Déclaration de 1789[7], à l'occasion du bicentenaire de la révolution française, n'avait pas été suivie d'effet, c'est du haut de la présidence du Conseil qu'il a contribué à le faire émerger. Selon lui, tout l'intérêt de la décision de 1994 était là [8].

En 1995, la question de la reconnaissance du droit au logement comme un principe ou un objectif de valeur constitutionnelle a été assez rapidement tranchée en faveur du second par les juges constitutionnels. Sur ce sujet, les échanges

entre conseillers démontrent que certains d'entre eux étaient assez réticents à l'idée d'affirmer un principe qui n'est pas en lui-même dans la Constitution et qui pourrait s'avérer trop contraignant pour le Parlement en envisageant toutes les conséquences de leur décision sur les logements de fortune[9] ou encore sur la spéculation immobilière[10].

En revanche, les débats ont été curieusement plus nourris quant au lien à établir entre le droit au logement et le principe de dignité de la personne humaine. Peut-on vivre dignement sans logement ? Peut-on vivre dans un logement indécent ? Certainement pas. Telle était d'ailleurs l'argumentation du rapporteur M. Rudloff pour qui « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation... pourrait justifier la mise en œuvre d'une politique du logement destinée à donner un toit à tout être humain » [11]. La position du Président Badinter était également limpide sur ce sujet : « Si on considère que l'absence de logement est une dégradation de la dignité, il faut l'écrire. Et moi je le considère ». Il s'agit simplement « d'appliquer un principe à un cas concret » [12]. Pour lui, le lien est net et il ne lui viendrait pas à l'esprit de considérer, comme certains autres juges constitutionnels du moment, que l'association du droit au logement à la dignité de la personne humaine est « ridicule » [13] ou qu'elle serait une façon de dévaloriser ce grand principe en le diluant dans des considérations sociales de base[14]. Certains propos tenus sur les sans domicile fixe, dans ce compte rendu de 1995, apparaissent même très choquants alors que leur auteur s'avouait favorable au lien précité entre logement et dignité. C'est ainsi que M. Faure, ancien ministre du logement, estime que les sans domicile fixe « ne veulent pas de logement, ils boivent le rouge, ils mangent un jour et pas l'autre, ils se promènent, ils insultent les femmes qui passent... bref, ils ne veulent pas un logement » [15]. Plus loin dans les échanges, M. Abadie glissera de son côté qu'une « caverne, cela peut suffire à certains » [16]. Une petite phrase qui laissera le Président échapper un « quoi ? » suivi d'un long silence indiqué dans le procès-verbal [17].

Il faudra donc l'insistance répétée du Président sur ce sujet [18] et une mise aux voix pour que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent soit finalement

aimantée au principe de dignité de la personne humaine constitutionnalisé en 1994 avec toutefois les oppositions de N. Lenoir et de J. Robert. Cette magistrature d'influence du « chief justice », lui valait bien, à elle seule, un ouvrage sous forme d'hommage à la doctrine Badinter [19].

Aujourd'hui, le principe de dignité de la personne humaine occupe certainement une place particulière en irriguant le droit de façon continue sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil, toujours en se fondant sur les phrases introductives du Préambule de la Constitution de 1946, en a fait plusieurs applications remarquées en matière de garde à vue[20], d'hospitalisation sans consentement[21], en matière de « petit dépôt »[22] et en réaffirmant récemment le respect qui lui est dû au bénéfice des personnes placées en détention provisoire[23]. Il appartient en effet, « aux autorités judiciaires ainsi qu'aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. Il appartient, en outre, aux autorités et juridictions compétentes de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne placée en détention provisoire et d'ordonner la réparation des préjudices subis. Enfin, il incombe au législateur de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin ».

[1] Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Journal officiel du 29 juillet 1994, page 11024.

[2] Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, Journal officiel du 21 janvier 1995, page 1166.

[3] V. La loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel et la décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008, Journal officiel du 16 juillet 2008, page 11328, texte n° 3.

[4] V. La suspension de séance demandée par le Président Badinter en 1994 lors de l'examen de la constitutionnalité des lois relatives à la bioéthique, pour vérifier, dans le procès-verbal de la décision du 15 janvier 1975, si le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie avait été constitutionnalisé, Compte-rendu de la séance du 26 juillet 1994, pv_1994-07-26-27, 26/07/1994, p. 29.

[5] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, pv_1995-01-19, 19/01/1995, p. 11.

[6] « Nous ne pouvons pas nous substituer au Constituant. Nous ne déclarons, nous Conseil constitutionnel, de principe que lorsque nous trouvons un ancrage. Il nous faut un filin même ténu. On ne peut pas sortir un principe constitutionnel de notre chapeau. », Compte-rendu de la séance du 26 juillet 1994, pv_1994-07-26-27, 26/07/1994, p. 26. Le rapporteur J. Robert avait évoqué de son côté la possibilité de dégager le respect de la dignité humaine comme principe constitutionnel, p. 24.

[7] Compte-rendu de la séance du 26 juillet 1994, pv_1994-07-26-27, 26/07/1994, p. 27.

[8] Compte-rendu de la séance du 26 juillet 1994, p. 50.

[9] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, pv_1995-01-19, 19/01/1995, p. 10

[10] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, p. 10

[11] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, p. 5.

[12] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, p. 13.

[13] V. Les propos de Mme N. Lenoir, Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 13.

[14] V. Les propos de M. J. Robert, Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 12 et 13

[15] V. Les propos de M. Faure, Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 10.

[16] V. Les propos de M. M. Abadie, Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 14.

[17] Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 14.

[18] Les propos du Président le démontrent parfaitement : « tout être qui traîne dans la rue et couche dans un carton est dégradé. Vous êtes en train de dire qu'on passe d'un grand principe à une petite application. Mais cela n'a rien à voir

! C'est une dégradation que d'errer dans la rue sans but et sans un minimum », Compte-rendu de la séance du 19 janvier 1995, préc., p. 13.

[19] D. Rousseau, « Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie », Descartes & Cie, 1997.

[20] CC, n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Journal officiel du 31 juillet 2010, page 14198, texte n° 105.

[21] CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Journal officiel du 27 novembre 2010, page 21119, texte n° 42.

[22] Période qui commence entre la fin de la garde à vue et, en cas de décision de défèrement, la comparution de la personne devant le tribunal correctionnel), v. CC, n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, Journal officiel du 19 décembre 2010, page 22374, texte n° 50.

[23] CC, n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, JORF n°0241 du 3 octobre 2020, texte n° 106.



"Ordonnances, QPC, recours pour excès de pouvoir : la guerre des juges n'a pas eu lieu", Louis-Sami RAMDANI, Doctorant à l'Université de Montpellier, CERCOP, 3/02/2021.

Résumé : L'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat rendu le 16 décembre dernier était attendu. Sans grande surprise, il confirme la réception par le juge administratif du récent revirement opéré par le Conseil constitutionnel concernant l'appréhension des ordonnances non ratifiées. Passé le délai d'habilitation législative, ces dernières peuvent faire l'objet d'une QPC. Pour autant, le juge ordinaire n'entend pas abandonner l'examen de ces actes. Il maintient la possibilité d'exercer son contrôle de légalité et épargne même son contrôle résiduel de constitutionnalité.

La QPC du 28 mai 2020 avait suscité une série de réactions épidermiques. On se souvient des accusations véhémentes que la doctrine majoritaire adressait au juge de la rue Montpensier. Situation cocasse pour un interprète authentique de la Constitution, on l'accusait de s'être rendu coupable d'interprétation *contra constitutionem*. En qualifiant les dispositions d'une ordonnance non ratifiée de « dispositions

législatives » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, il procédait à une ratification implicite alors que la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 avait mis fin à l'abus de cette pratique. Le nouvel article 38 de la Constitution en son alinéa 2 ne pouvait être plus clair : les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». Cette ratification implicite - qui ne disait pas son nom - emportait donc une dépossession du Parlement de son pouvoir de contrôle, celui-ci restant tout de même bien démuni face au présidentielisme congénital de notre Ve République.

Chacun chez soi et les moutons seront bien gardés.

Les multiples reproches adressés au Conseil constitutionnel ne s'arrêtaient pas à cet « insupportable » détail. Voilà que la répartition des compétences contentieuses s'en trouvait irrémédiablement bouleversée. En tant que règle hybride relevant matériellement du domaine législatif, mais rédigée dans le secret des cabinets ministériels et adoptée par l'exécutif, l'ordonnance disposait d'un régime juridictionnel bien particulier. En tant qu'acte de nature réglementaire, seul le juge administratif était compétent pour apprécier sa validité dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Dès lors que l'ordonnance échappait à la caducité, la ratification parlementaire - expresse depuis 2008 - l'élevait dans la hiérarchie des normes. A l'instar des lois de validation, ces dernières étaient considérées comme des « lois pleines et entières » et non plus comme des actes administratifs : elles échappaient donc au contrôle de légalité du juge ordinaire.

Devenues lois, ces dernières tombaient alors dans le champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution. En tant que disposition législative applicable à l'instance, une ordonnance ratifiée pouvait tout à fait porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Qu'à cela ne tienne ! Le Conseil constitutionnel était libre d'en être saisi. Le juge constitutionnel n'étant pas le juge du décret, il se refusait classiquement à examiner la constitutionnalité d'une ordonnance non ratifiée dans le cadre du contentieux QPC^[1]. Corrélativement, le juge administratif écartait les QPC posées à l'encontre de cette

catégorie hybride de normes^[2]. Chacun chez soi et les moutons seront bien gardés...

Un coup d'Etat juridictionnel ?

Mais le « crime du 28 mai » eut lieu et le contenu d'une ordonnance non ratifiée fut qualifiée de « disposition législative » grâce à l'interprétation créatrice du juge constitutionnel. Un acte administratif était érigé en disposition légale emportant, potentiellement, l'éviction du juge du Palais Royal du contentieux des ordonnances non ratifiées. Tout d'un coup, le recours pour excès de pouvoir semblait perdre de son attractivité.

Et le justiciable dans tout cela ? Des voix s'élevèrent pour déplorer la situation du grand perdant de l'histoire. Les moyens invocables dans le cadre de la QPC étant restreints, comment le Conseil constitutionnel pourrait-il contrôler la validité de l'ordonnance au-delà des seuls droits et libertés que la Constitution garantit ? Quid des engagements internationaux conclus par la France, des principes généraux du droit, du périmètre de l'habilitation défini par le Parlement et à partir duquel le gouvernement édicte ces dites ordonnances ?

D'abord un crime de lèse Parlement, ensuite un crime de lèse Conseil d'Etat, enfin... la fin de l'Etat de droit ? Rien que ça. L'exécutif hors de contrôle pouvait gouverner par ordonnance en toute quiétude sans craindre la censure du juge administratif et ce, grâce à la complicité du juge de la loi.

« Le crime du 28 mai n'a pas eu lieu ».

Heureusement que le Conseil constitutionnel n'avait jamais eu l'intention de se substituer au Parlement dans un processus de ratification toujours possible - et qui lui est nécessairement étranger - après cette étrange décision. Heureusement que cette jurisprudence, très discutable dans son issue, certes, n'avait pour seul objectif que d'offrir au justiciable un recours juridictionnel supplémentaire pour garantir le respect de ses droits. Il est toujours mieux d'avoir plus d'une corde à son arc. Heureusement que, **dès la publication du commentaire officiel de la QPC du 28 mai**, soit quelques jours à peine après la publication de la

décision litigieuse, on pouvait lire en toutes lettres sur le site internet du Conseil que « *cette évolution ne remet[ait] naturellement pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions, au regard d'autres motifs que leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis* »[\[3\]](#). Il faut raison garder : le scandale jurisprudentiel tant décrié ne semblait pas se vérifier dans les faits. Pour reprendre l'expression d'une illustre plume, le « crime du 28 mai n'a pas eu lieu »[\[4\]](#).

Et pourtant, l'on crut, pendant un temps, à l'ouverture d'un conflit frontal entre les deux ailes du Palais royal. Dialogue des juges ou combat de boxe, c'est par le biais d'un *obiter dictum* qu'une section du Conseil d'Etat n'entendit pas se laisser dicter sa politique jurisprudentielle séculaire un voisin peu respectueux. Pas de ratification de l'ordonnance, pas de QPC[\[5\]](#) ! D'aucuns applaudirent un peu hâtivement « l'annihilation » de l'invraisemblable revirement impulsé par le Conseil constitutionnel. Une hirondelle ne faisant pas le printemps, la compatibilité – tout à fait envisageable – de ces jurisprudences restait encore à construire. La raison du juge prit donc le dessus sur sa passion. Le conflit n'avait aucun sens : c'était l'articulation des contentieux qui s'en trouvait légèrement modifiée. Dès le 1^{er} juillet 2020 – soit un peu plus d'un mois après la décision litigieuse – deux sous sections réunies admettaient l'ouverture toujours possible du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des ordonnances non ratifiées une fois le délai d'habilitation expiré[\[6\]](#). Alors que le Conseil constitutionnel confirmait son revirement jurisprudentiel dans une QPC du 3 juillet 2020[\[7\]](#), le juge administratif entérinait le 28 septembre dernier la complémentarité du recours pour excès de pouvoir et de la question prioritaire de constitutionnalité en cas de contestation d'une ordonnance non ratifiée[\[8\]](#).

Epilogue

Finalement, c'est dans sa formation la plus solennelle que le juge du Palais Royal clôt le débat du contentieux des ordonnances en élaborant un véritable « mode d'emploi »[\[9\]](#). Il y consacre officiellement la nouvelle articulation du recours pour excès de pouvoir et de la question prioritaire de constitutionnalité

concernant ces normes si spéciales. Le juge dispose donc d'une plénitude de compétence pour examiner la validité des ordonnances dans le cadre de son contrôle de légalité quasiment inchangé. Il affirme que *« la circonstance qu'une question prioritaire de constitutionnalité puisse, dans une telle hypothèse, être soulevée, ne saurait cependant faire obstacle à ce que le juge annule l'ordonnance dont il est saisi par voie d'action ou écarte son application au litige dont il est saisi, **si elle est illégale pour d'autres motifs, y compris du fait de sa contrariété avec d'autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit** »*^[10]. Le contrôle de légalité est donc amputé des normes de référence utilisables à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité dépassant le champ restreint du contrôle opéré dans le cadre du contentieux QPC, les normes qui n'ont pas été qualifiées de "droits et libertés que la Constitution garantit" peuvent donc servir de base juridique pour **un contrôle de constitutionnalité résiduel** des ordonnances non ratifiées. Ceci ne contredit pas le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel, bien au contraire. Ce dernier multipliait des appels du pied rassurants à destination du juge ordinaire^[11] pour lui faire comprendre que la QPC du 28 mai n'était en rien la spoliation que l'on ne cessait pourtant de dénoncer avec émoi^[12].

L'innovation originale de la position du Conseil d'Etat réside cependant dans un détail qui garde son importance : faisant une interprétation « souple » de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le juge administratif admet une hypothèse dans laquelle il refuserait de surseoir à statuer lorsqu'une QPC serait posée à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée.

Lorsque le requérant conteste l'ordonnance par voie d'action, et qu'une QPC a été soulevée, le Conseil d'Etat est libre d'annuler l'acte sur d'autres motifs que la méconnaissance des droits et libertés que la Constitution garantit ou des engagements internationaux de la France. Le cas échéant, l'intérêt d'une ésotérique *« bonne administration de la justice »* commande qu'il ne soit pas sursis à statuer. Face à cette interprétation hardie de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la

Constitution, un problème vient immédiatement à l'esprit : la question prioritaire de constitutionnalité a-t-elle perdu son aspect prioritaire ? Dans une toute autre mesure, ceci n'est pas sans rappeler le souvenir douloureux de la saga Melki et Abdeli qui menaçait le jeune mécanisme de la QPC au début des années 2010 : l'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité et du renvoi préjudiciel, en somme la compatibilité de la QPC avec le respect de la primauté du droit de l'Union européenne d'une manière générale.

Bien que les conclusions du rapporteur public en tentent une brève description[13], nous n'en saurons pas davantage sur cette hypothèse dont la mise en œuvre relèvera sans aucun doute du cas d'école. Cette porte de sortie que le Conseil d'Etat se ménage sonne cependant comme un avertissement fait au Conseil constitutionnel. Le juge administratif réceptionne son revirement quelque peu désinvolte en modifiant - à la marge - ses règles jurisprudentielles relatives aux ordonnances : dont acte. Que cet épisode ne se répète pas à l'avenir au risque de voir le juge de l'excès de pouvoir s'affranchir des règles procédurales de la QPC.

Conclusion

Point de *statu quo ante bellum*, le juge administratif prend solennellement acte de la jurisprudence de son voisin de la rue Montpensier et articule, en conséquence, le recours pour excès de pouvoir au bénéfice du justiciable. Les protagonistes de cette crise sortent donc « par le haut de la confusion née de ce revirement »[14], la confrontation judiciaire n'étant pas à l'ordre du jour. Ceux qui l'annonçaient à la hâte en l'appelant secrètement de leurs vœux pourront le constater : la guerre des juges n'a (finalement) pas eu lieu.

[1] Cons. const., n° 2011-219 QPC du 10 février 2012 M. Patrick É. [Non-lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur], JO 11 février 2012

[2] CE 2° et 7° ch.-r., 13 juillet 2016, n° 396170

[3] Commentaire officiel de la décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, p. 18.

[4] Rousseau, Dominique, « Le crime du 28 mai n'aura pas lieu ! », La Gazette du Palais, 23 juin 2020, n° 23, p. 19

[5] CE, 11 juin 2020, n° 437851, cons. 13

[6] CE, 1er juill. 2020, n°429132

[7] Cons. const., n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire], JO 4 juillet 2020

[8] CE, 13 juill. 2016, n° 396170

[9] L'expression vient du site officiel du Conseil d'Etat.

[10] CE, Ass, 16 déc. 2020, n° 440258, Fédération CFDT des finances et autres

[11] On citera par exemple une interview du Président Fabius publiée au début du mois d'octobre « [Le Conseil constitutionnel] *fait entrer les ordonnances non ratifiées dans le giron de la protection par le Conseil constitutionnel des droits et libertés fondamentales dès l'expiration du délai d'habilitation. **Sans remettre en cause les autres voies de recours fondées sur d'autres motifs et sans affecter en rien le rôle du Parlement seul à même, par leur ratification expresse, de donner aux ordonnances valeur législative dès leur signature**, l'innovation que nous avons décidée consolide le contrôle des ordonnances non ratifiées affectant les droits et libertés des citoyens. Le Conseil constitutionnel est ainsi le juge de la conformité à la Constitution de toute la matière législative.* » Rapport d'activité du Conseil constitutionnel pour l'année 2020, p. 8

[12] Ramdani, Louis-Sami, « Les ordonnances à l'épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel ! », Les Petites Affiches, 27 octobre 2020, n° 215, p. 9

–
17, <https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/les-ordonnances-a-lepreuve-de-la-qpc-haro-sur-le-conseil-constitutionnel/>

[13] CE, Ass, 16 décembre 2020, n° 440258, Fédération CFDT des finances et autres, Conclusions de M. Vincent Villette, rapporteur public, p. 18

[14] *Ibid.*



"La fin annoncée des membres de droit du Conseil constitutionnel, la fin programmée d'un autre risque", Hodabalo TCHILABALO, doctorant à la faculté de droit de Montpellier, CERCOP, 13/02/2021.

« Les grandes institutions sont comme les grands navires, leur cap ne peut être modifié que lentement, sans brusquer le mouvement »[1]. Une autre modification du cap du Conseil constitutionnel est annoncée par le Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, n° 2203 du 29 août 2019. Ce projet supprime les anciens présidents de la République au Conseil en reprenant les termes du Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, n° 911 du 9 mai 2018, qui a suscité l'intérêt de la doctrine. Celle-ci, malgré les ovations envers l'initiative, ne s'est pas pour autant emballée, niant son autosuffisance pour une complète transformation du Conseil en une juridiction dépouillée de toute présence politique. Il s'agirait d'un « arbre qui cache la forêt »[2] ou encore d'un projet « indispensable mais insuffisant »[3]. Sans reprendre ce regard doctrinal auquel il convient d'adhérer, il sied de relever l'apport de la réforme sur une épineuse question laissée jusqu'alors à la pratique. La réforme met, en effet, fin au risque redoutable d'une présidence à vie de l'institution, d'autant que les membres de droit pouvaient être portés à la tête de l'institution conformément à l'alinéa 2 in fine de l'Article 1 de l'ordonnance n°58-1067.

La perspicacité et l'intérêt de ce constat sont confortés par l'attitude du législateur organique qui ignore ce pan de la réforme dans l'Article 13 du projet de loi organique n° 2204 pour un renouveau de la vie démocratique, laissant ainsi subsister l'alinéa 2 sus-évoqué. Ce maintien aurait été justifié par l'exception

prévue à Article 13 du projet de loi constitutionnelle. Mais aujourd'hui, la récente malheureuse disparition de M. Valéry Giscard d'Estaing, le seul membre de droit bénéficiaire de la dérogation, appelle à la suppression des quatre derniers mots de l'alinéa 2 précité et de la précédente exception ! La fin programmée des membres de droit au Conseil entraîne, il faut le signaler par prétériton, celle d'une éventuelle présidence par ces derniers et renouvelle un débat autour de l'articulation entre les mandats de président et de membre.

Le débat ancien

Né de la double nomination de M. Robert Badinter et de la démission partielle de M. Daniel Mayer en 1986[4], le débat avait pour intérêt de combler le laconisme des textes quant à l'encadrement du mandat du président du Conseil. Parlant de l'articulation des mandats, autant il est possible d'affirmer leur coïncidence, autant l'interprétation inverse les dissociant est plausible. Le choix doit emporter la conviction en se basant sur un motif pertinent. En faveur de la coïncidence des mandats, Maurice Duverger fustige le précédent de 1986 qu'il qualifie de fraude[5]. Il fonde son choix sur la Constitution, non pas sur sa lettre - l'article 56 étant muet sur la question, - mais sur son esprit, en reprenant un argument de son contradicteur basé sur l'indépendance de l'institution. En effet, dans son ouvrage sur le Conseil constitutionnel, François Luchaire a déjà évoqué la question du mandat du président du Conseil, estimant qu'«une nomination pour une durée inférieure à celle des fonctions de membre du Conseil n'est pas formellement interdite par les textes : mais elle est contraire à leur esprit », d'autant qu'«en interdisant le renouvellement du mandat d'un membre du Conseil, les constituants ont voulu empêcher qu'il puisse être soupçonné de solliciter une nouvelle nomination ; (et) ceci vaut pour la présidence comme pour la qualité de membre du Conseil ». Militant toujours pour l'indépendance du Conseil qui procède de l'interdiction de renouvellement du mandat, François Luchaire ne

retient pas la thèse de la coïncidence. Il mobilise d'autres arguments non moins juridiques. S'il considère que « nommer un président du Conseil constitutionnel pour une durée inférieure à celle de son mandat de membre du Conseil aurait été contraire à l'esprit de la Constitution, puisque cela aurait incité l'intéressé à solliciter le renouvellement de sa présidence », il reconnaît cependant que « rien n'interdit au titulaire de quelque fonction que ce soit d'en démissionner »[6]. C'est ce droit à la démission qui conduit l'ancien sage à admettre la dissociation des mandats.

Malgré la divergence entre les deux juristes, il ne faut pas voir une opposition frontale, d'autant qu'ils s'accordent sur l'argument fondamental. Le motif de leur contradiction est politique et se manifeste de façon ostentatoire dans la démonstration du premier. D'autant, Maurice Duverger défendant l'identité des mandats, plaidera pour un mandat limité à six ans pour M. Robert Badinter, pourtant nommé pour neuf ans. Pour lui, succédant à un président démissionnaire, celui-ci ne devait avoir pour mission que d'achever le reste du mandat du premier. Ce qui contredit son argumentation, car conduit à une dissociation de mandats. L'opposition véritable viendra du Sénat avec une proposition de loi organique[7] instituant un renouvellement triennal du Président du Conseil. Son auteur, le Sénateur Etienne Dailly, avance notamment la possibilité d'une présidence par un membre de droit pour rejeter « la thèse de l'alignement de la durée du mandat du Président sur celle du mandat du membre ... », qui « se traduirait (...) par une Présidence « à vie » du Conseil constitutionnel »[8]. C'est l'argument « péremptoire », qui aurait pu constituer le motif dirimant pour la limitation du mandat du président à une durée inférieure à celle du mandat de membre. Mais l'actuelle réforme envisagée anéantit cette argumentation et suscite une nouvelle réflexion.

Un nouveau regard aujourd'hui

Au-delà de mettre fin à l'incongruité justifiée par un motif aujourd'hui désuet, le projet de loi constitutionnelle supprime subséquemment le risque d'une présidence à vie « peu compatible avec le statut général des conseillers constitutionnels »[9]. La controverse sus-relatée révélant ce risque, justifie une dissociation des mandats. C'est par prétériton qu'il faut signaler que cette dernière proposition n'a pas eu de suite et a fait place à la pratique. Mais en théorie, le risque d'une présidence à vie plane toujours ; l'alinéa 2 plus haut évoqué, n'ayant subi aucune modification et la très probable loi constitutionnelle n'ayant pas encore été votée. Si cette dernière s'avère jusqu'au-boutiste, elle revalorisera l'argument de l'indépendance en supprimant celui du risque rappelé plus haut.

Aujourd'hui, à l'heure où l'occasion est donnée au législateur organique de modifier les textes relatifs à l'organisation du Conseil, il convient, avec ce changement, de plaider pour un encadrement du mandat du président du Conseil. Cet encadrement qui aura le mérite de lever l'équivoque, évitant l'instrumentalisation possible grâce au silence des textes[10], ne devrait désormais privilégier que l'indépendance des membres en retenant donc la concomitance des mandats.

[1] Guillaume Drago, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », Pouvoirs, n°105, 2003, p.87

[2] Patricia Rapi, « La fin des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel : l'arbre qui cache la forêt », Les Petites affiches, n°136, p.79

[3] Elina Lemaire, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable mais insuffisante », JP blog, 19 juin 2018

[4] Le premier est nommé en remplacement d'un membre puis nommé Président. Le second abandonne son mandat de président tout en conservant celui de membre du Conseil.

[5] Maurice Duverger, « Une fraude à la Constitution ? », Le monde, 22 février 1986.

[6] François Luchaire, « La nomination de M. Badinter au Conseil constitutionnel. Réponse à Maurice Duverger », Le Monde, 26 février 1986.

[7] Proposition de loi organique n°310 du 7 mars 1986

[8] Idem, exposé des motifs

[9] Elina Lemaire, op.cit.

[10] Dominique Turpin avançait dans son ouvrage contentieux constitutionnel, coll. droit fondamental/droit juridictionnel, PUF, Paris, 1986, p.218 que « Rien n'interdit au futur président de la république de mettre fin aux fonctions présidentielles (mais non à celle de membre du Conseil) de M. Robert Badinter dès le lendemain de son élection ou lorsqu'il l'estimera nécessaire pour la confier à un autre conseiller », cité par Joël Boudant, « le Président du conseil constitutionnel », Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, 1987, p.598.



« La mise sous influence du pouvoir constituant : la Cour d'Arusha sur les traces de ses consœurs interaméricaine et européenne... », Mustapha AFROUKH, Maître de conférences en droit public, Université de Montpellier (IDEDH, EA 3976), 20/04/2021.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est la Cour régionale la moins connue des trois Cours supranationales exclusivement protectrices des droits de l'homme, sans doute parce qu'elle est la plus jeune. Ce n'est qu'en 1998^[1] que le principe d'une juridiction de protection des droits dans le système africain a été acté. Et il faudra attendre le 15 décembre 2009 pour que la Cour rende son premier arrêt. La Cour africaine veille au

respect et à l'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. A l'heure actuelle, trente-un États membres ont ratifié le Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après Protocole) et seulement six ont déposé la déclaration d'acceptation facultative de la juridiction de la Cour concernant les requêtes introduites par les individus et les organisations non-gouvernementales. Depuis 2019, trois États ont retiré cette déclaration de compétence (Bénin, Côte d'Ivoire et la Tanzanie)^[2], estimant que la Cour s'immisçait dans des domaines ne relevant pas de sa compétence. C'est dire l'extrême fragilité de sa position.

Une autre raison de ce désintérêt pour la Cour africaine peut être avancée : à savoir le « *tropisme européen qu'exerce la Cour EDH* »^[3]. À l'origine du premier système de protection juridictionnelle des droits de l'homme à l'échelle internationale, la Convention européenne est souvent érigée en « modèle », avec même parfois une tendance à l'ethnocentrisme « *qui consiste à jauger l'ensemble du système international à partir du seul cas européen* »^[4]. Qui porte crédit au dialogue des juges et aux interactions normatives ne peut plus aujourd'hui retenir une approche cloisonnée des systèmes de protection des droits de l'homme.

L'examen de l'activité judiciaire de la Cour d'Arusha est riche d'enseignements, qu'il s'agisse de sa compétence consultative – bien plus ouverte que celle de la Cour de Strasbourg^[5] – ou sa compétence contentieuse qui révèle une omniprésence des questions politiques. Ayant eu à examiner de nombreuses affaires où étaient en cause des atteintes aux droits politiques, la juridiction africaine des droits de l'homme n'a pas hésité à assumer ses responsabilités en affirmant notamment son indifférence face au caractère constitutionnel de la norme dont l'application était remise en cause devant elle.

L'hypothèse selon laquelle la garantie internationale des droits de l'homme limite, au nom de l'effectivité des droits, le pouvoir constituant de l'Etat fait figure de truisme. S'agissant du système conventionnel européen, on sait que la Cour de Strasbourg retient la conception la plus large possible de la norme nationale au regard de sa compétence. Ainsi, a-t-elle souligné que « *c'est par l'ensemble de leur « jurisdiction » (...) que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention* » et qu'il ne lui appartient pas d'opérer une « *distinction quant au type de normes ou de mesures en cause* »^[6]. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne se laisse pas impressionner par la dimension constitutionnelle des affaires dont elle est saisie. Ainsi, par sa seule existence, une norme constitutionnelle peut engager la responsabilité d'un Etat partie à la Convention américaine^[7].

La Cour africaine s'inscrit résolument dans cette perspective. Le rejet de toute « *exception constitutionnelle* »^[8] (**I**) lui permet d'exercer un contrôle plein et entier du respect de la Charte africaine, un contrôle à la coloration objective et abstraite (**II**).

I) Le rejet catégorique d'une exception constitutionnelle

Dans les autres systèmes régionaux, la mise sous influence du pouvoir constituant a été tardive. A l'inverse, le récit par lequel la Cour africaine a fait tomber sous sa tutelle le champ constitutionnel montre qu'il n'y a pas eu de retard à l'allumage. Bien avant son entrée en fonction, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples avait déjà inscrit ses pas dans ceux des autres organes régionaux de protection des droits de l'homme en contrôlant des dispositions constitutionnelles définissant la condition de nationalité nécessaire à l'exercice des droits politiques^[9].

La comparaison est ici instructive, puisque le premier arrêt par lequel la Cour africaine a contrôlé une disposition constitutionnelle date de 2013, soit moins de dix ans après son entrée en fonction, et quatre années après son premier arrêt. Il s'agit de l'affaire *Rev.*

Christopher Mtikila vs United c. Tanzanie (14 juin 2013, n° 011/2011). Les requérants contestaient en l'espèce des modifications constitutionnelles qui les ont empêchés de se porter candidats aux élections présidentielles, législatives et locales. Les amendements à la Constitution interdisaient en effet les candidatures indépendantes. La Cour ne mâcha pas ses mots et constata une violation du droit de participer aux affaires publiques de son pays, de la liberté d'association et du principe de non-discrimination. Afin de justifier cette indifférence face au caractère constitutionnel des normes en cause, l'arrêt mobilisa l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui indique « qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

Trois affaires récentes ont permis à la Cour de prendre clairement position sur l'étendue de sa compétence dans ce cas. Ainsi, dans son arrêt *Houngue Éric Noudehouenou c. Bénin* (4 déc. 2020, n° 003/2020), en réponse à l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'Etat défendeur qui faisait valoir l'incompétence de la Cour pour contrôler la conventionnalité d'une révision constitutionnelle et d'une loi déclarée conforme à la Constitution, celle-ci « *précise (...) qu'elle a le pouvoir d'examiner toutes les violations alléguées devant elle, incluant la conformité avec les lois nationales, à la lumière de la Charte et d'autres instruments internationaux ratifiés par l'Etat défendeur* ». Plus encore, sur le terrain de la recevabilité, l'arrêt indique conformément aux dispositions de l'article 5(3) du protocole portant création de la Cour africaine que les particuliers ou les ONG n'ont pas à démontrer un intérêt personnel dans une requête « *lorsqu'il s'agit de contentieux de norme* », d'autant que les questions posées sont « *d'intérêt public général* ». Même tonalité dans l'arrêt *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon c. Bénin* dans laquelle la Cour devait vérifier si la révision constitutionnelle du 7 novembre 2019 a été faite suivant un consensus national tel que prévu par l'article 10.2 de la CADEG^[10] et la conventionnalité d'une loi du 17 septembre 2018 sur les partis politiques. *In specie*, c'est le contrôle de

conventionnalité *in abstracto* qui était mis en cause par l'Etat défendeur, en vain, puisque « *la Cour souligne qu'en vertu de l'article 3(1) du Protocole elle a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la Charte et tout instrument pertinent ratifié par l'État défendeur et de conclure à l'existence ou non de violations de droits de l'homme, y compris, lorsque celles-ci sont la conséquence de l'application d'une norme nationale. A cet égard, la Cour souligne que les Conventions internationales ont la primauté sur les normes de droit interne* ».

Dernière illustration, dans l'affaire *Jebra Kambole vs United Republic c. Tanzanie* du 15 juillet 2020 (n°018/2018), le requérant faisait valoir que l'article 41 de la Constitution tanzanienne, interdisant aux juridictions de connaître de l'élection d'un candidat à l'élection présidentielle, après la proclamation du vainqueur par la Commission électorale, violait la Charte africaine. A l'argument selon lequel la Constitution a été promulguée avant que la Tanzanie devienne partie à la Charte africaine et au Protocole, la Cour d'Arusha oppose l'application de ladite disposition qui continue de produire ses effets. Elle rappelle également que le retrait de la déclaration par la Tanzanie (21 nov. 2019) est sans effet, celui-ci n'ayant pas de caractère rétroactif. Le contrôle des normes constitutionnelles a ceci de particulier qu'il a une coloration très abstraite.

II) L'exercice d'un contrôle objectif et abstrait

L'arrêt *Jebra Kambole vs United Republic c. Tanzanie* (préc) est très clair. Alors certes, la Cour africaine est prête, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Commission, à faire sienne la doctrine de la marge nationale d'appréciation, mais celle-ci ne peut cependant pas être utilisée pour faire obstacle à sa compétence. Aussi, le juge africain des droits de l'homme n'entend pas accorder un traitement particulier à la Constitution. Preuve supplémentaire, il se livre à un véritable contrôle objectif et abstrait des normes constitutionnelles, indépendant de leur

application. En l'occurrence, c'est l'article 47 de la Constitution qui est jugé contraire à plusieurs dispositions de la Charte. L'argumentation est très vivement critiquée par le juge Blaise Tchikaya qui dénonce une approche sommaire de la marge nationale d'appréciation peu respectueuse de la souveraineté de l'Etat. Le juge dissident regrette également l'absence de démarche comparative qui aurait permis de souligner la diversité des droits internes. On retrouve les mêmes critiques dans le cadre de la Convention européenne. Pour l'ancien juge Lech Garlicki, le juge « *doit agir en ce domaine avec une prudence et une retenue particulières* »^[11]. Dans l'affaire *Ajavon*, il est jugé que « *la révision constitutionnelle objet de la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 est contraire au principe du consensus tel qu'édicté par l'article 10(2) de la CADEG* ».

Ce caractère objectif du contrôle permet incidemment à la Cour d'imposer à l'Etat une modification de son droit interne afin de le mettre en conformité avec la Charte africaine. Une telle pratique est courante dans les autres systèmes régionaux, en particulier dans le système interaméricain où les Etats se sont engagés à adopter toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux droits garantis (art. 2 de la CADH). L'article 27 § 1 du Protocole portant création de la Cour africaine indique que « *lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation* ». Or, on sait que l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait du pouvoir constituant est sans incidence sur la validité de la norme constitutionnelle dont la « *nullification* » ne peut être que suggérée ou encouragée. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la Cour lorsqu'elle affirme dans l'affaire *Ajavon* (préc.) « *qu'au sujet de la demande d'annulation des lois, la Cour considère qu'elle ne peut se substituer au législateur de l'Etat défendeur. Elle souligne, au demeurant, qu'elle peut ordonner des mesures dont le but sera d'abroger lois ou de modifier ces lois pour qu'elles soient*

conformes aux normes internationales des droits de l'homme. La Cour estime que de telles mesures qui s'analysent en garanties de non répétition sont les plus appropriées en l'espèce ». Semblable obligation de non-répétition de l'illicite peut nécessiter des amendements constitutionnels. Aussi, lorsque l'origine de la violation est imputable au pouvoir constituant, la Cour peut ordonner au titre de la réparation à l'Etat d'abroger la norme constitutionnelle litigieuse et/ou d'adopter dans un délai raisonnable des mesures constitutionnelles pour remédier à ladite violation. Il ressort ainsi de l'arrêt *Ajavon* que l'Etat doit abroger la loi constitutionnelle n° 2019 – 40 du 7 Novembre 2019 portant révision de la Constitution et toutes les lois subséquentes, notamment la loi n° 2019 – 43 du 15 novembre 2019 portant code électoral. Aussi, dans l'affaire *Jebra Kambole vs United Republique c. Tanzanie*, ordonne-t-elle à l'Etat défendeur de rendre conforme l'article 47 de sa Constitution à la Charte.

Ce contrôle objectif et abstrait révèle ses limites quand on envisage ses conséquences concrètes. On est bien obligé de constater que les Etats sont peu enclins à exécuter des arrêts stigmatisant une disposition constitutionnelle. A titre d'illustration, l'arrêt *Rev. Christopher Mtikila* de 2013 n'a toujours pas été exécuté, l'Etat Tanzanien ayant indiqué que les mesures constitutionnelles et législatives à prendre sont subordonnées à la tenue d'un référendum. Surtout, les affaires citées impliquent des Etats – le Bénin et la Tanzanie – qui ont retiré leur déclaration conformément à l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour. La décision de retrait du Bénin fut prise à la suite d'une ordonnance de la Cour suspendant les élections communales du 17 mai 2020. Selon le ministre béninois de la communication, « *il n'est pas dans les prérogatives de la CADHP d'enjoindre à un Etat d'interrompre son processus électoral qui est un acte de souveraineté* ». On voit mal comment les récents arrêts de la Cour africaine pourraient être en mesure de faire rentrer dans le rang un pays autoritaire. En Europe, la période récente est marquée par les réactions de défiance de certains Etats à la suite

de décisions de la Cour portant sur des normes constitutionnelles. C'est ce dont témoigne l'affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie* (4 juill. 2013) dans lequel la Cour s'est livré à un contrôle abstrait d'une disposition de la Constitution russe privant du droit de vote tous les détenus. Relativement à la question de l'exécution, l'arrêt avait souligné qu'il existe différents moyens de l'exécuter, évoquant plus particulièrement la possibilité pour la Cour constitutionnelle russe d'adopter une interprétation de la Constitution conforme à la Convention. Le 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe a directement mis en cause l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne en conditionnant l'exécution des arrêts de la Cour à leur conformité à la Constitution.

Ces situations de conflit normatif sont inévitables tant le décalage est grand entre les approches du droit international et du droit interne du principe de primauté. Dès lors parler d'assujettissement du pouvoir constituant n'a aucun sens du point de vue du droit interne, une quelconque limitation du pouvoir constituant étant inconcevable. Les argumentations développées devant la Cour africaine par les Etats pour exclure les questions constitutionnelles de sa compétence l'illustrent à l'envie. Disons-le-clairement : la Cour africaine ne doit pas renoncer. Elle agit tout à fait dans le cadre de ses compétences en contrôlant la conventionnalité de normes constitutionnelles. La seule véritable question est l'étendue de ce contrôle : il est encore trop tôt pour identifier une méthodologie dans ce domaine. Le juge Blaise Tchikaya l'a très bien expliqué dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Jebra Kambole* : « *La voie de passage de la Cour (dans ce type d'affaires) n'était toutefois pas si simple : conforter une lecture restrictive des marges normatives des Etats ou dire le droit interne de l'Etat (...) La juridiction panafricaine aura à n'en pas douter de nouvelles opportunités pour préciser le contenu de la marge nationale d'appréciation, la subsidiarité, la proportionnalité...* ». On soulignera enfin que ce contrôle de la Constitution s'étend également aux organes constitutionnels. L'arrêt *Ajavon c. Bénin* est en ce sens très illustratif, la Cour y

constatant le défaut d'indépendance de la Cour constitutionnelle en raison du caractère renouvelable du mandat de ses membres. Pour ce faire, elle mobilisa notamment les travaux du Professeur D. Rousseau.

[1] Protocole créant la Cour Africaine adopté à Ouagadougou le 9 juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004.

[2] <https://www.african-court.org/wpafc/declarations/?lang=fr>

[3] L. Trigeaud, « Le droit international et régional des droits de l'homme face à l'argument souverainiste : réagencer les mécanismes de protection ? » in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, 2019, p. 281.

[4] *Ibid.*

[5] Que l'on songe à l'avis rendu le 4 décembre 2020 (n°001/2018) : compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments internationaux des droits de l'homme applicables en Afrique.

[6] Cour EDH, Gde ch., 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, § 29.

[7] Cour IADH, 5 févr. 2001, *Olmedo Bustos et autres c. Chili*, fond, réparations et frais, § 88, C/73 : à propos d'articles de la Constitution chilienne organisant un régime de censure préalable des œuvres cinématographiques.

[8] D. Szymczak, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2011, p. 48.

[9] Par exemple, 6 nov. 2000, *John K. Modise c. Botswana*, comm. n° 97/93_14AR.

[10] La Charte africaine de la Démocratie, des Élections et de la Gouvernance.

[11] « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », discours disponible sur le site du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>



« Las incertidumbres del constitucionalismo global » (« Les incertitudes du constitutionnalisme global »), Stéphane PINON, Maître de conférences de droit public, qualifié professeur des Universités, membre du Cercop, Revue *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, n°46, 2020, pp. 141-172, 13/05/2021.

Pilotée depuis la très réputée UNED (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*) de Madrid, cette revue (la *T.R.C.*) irrigue la pensée constitutionnelle depuis plusieurs décennies déjà. Dans ce numéro, publié en réalité début 2021, on trouve par exemple deux articles sur le constitutionnalisme global, un article sur la « ductilité » du droit parlementaire en temps de crise du Covid, un autre sur le « dilemme » limitation-suspension des droits, une étude sur le suicide assisté en Italie (« un nouveau droit ? »), une autre sur le modèle irlandais de protection des droits fondamentaux, une analyse actualisée des standards du droit électoral à la lumière de la jurisprudence de la CEDH... Le numéro 47 sera une fois de plus attendu, par tous ses lecteurs, avec curiosité et gourmandise.

À l'origine de notre étude, il y a eu cette première incursion dans l'immense champ du « constitutionnalisme global », en 2016 (*R.F.D.C.*, n°108, p. 927). Guère convaincante. Il y a eu beaucoup de lectures depuis, et surtout le constat d'un angle mort persistant dans la doctrine constitutionnelle française. De fait, les auteurs ne sont pas nombreux à avoir sérieusement bravé le silence. Guillaume Tusseau fait partie de ceux-là, tout comme Thomas Hochmann et Anne-Marie Thévenot-Werner.

Pourquoi un tel angle mort ? Parce qu'il faut nécessairement passer par une imposante littérature en langue anglaise. Moins obstruée par le concept « d'Etat », la doctrine anglo-saxonne ne génère aucune réserve ontologique à penser le droit constitutionnel *supra* ou *infra*étatique. Parce qu'en France, nous n'avons pas assez le réflexe de la traduction des œuvres

étrangères. La réédition des vieux « maîtres » demeure privilégiée ; une manière d'entretenir l'illusion d'une doctrine aux avant-postes. Pourquoi une telle urgence ? Parce que des études émergent – y compris dans les colonnes de ce Blog – sur la nécessité d'une démocratie ou d'une gouvernance mondiale. Mais il n'y aura pas de vision renouvelée de la « démocratie », émancipée des frontières étatiques, sans une grammaire radicalement différente du constitutionnalisme.

Quelles sont aujourd'hui les grandes familles du « constitutionnalisme global » ? À grands traits, nous en avons dégagé trois : ceux qui pensent ce nouveau pan du droit constitutionnel de manière purement *descriptive* ; ceux qui privilégient une approche *prescriptive* (les adversaires de l'Etat-nation, les partisans d'une vision hégémonique de la discipline constitutionnelle...) ; ceux qui s'orientent vers un droit de *l'utopie* (« *the cosmopolitan turn* »...). Nous avons mis l'accent sur une vision plus sceptique ou plus prudentielle, organisée autour de quatre parties.

La première s'intéresse aux indéterminations doctrinales du concept de constitutionnalisme global face à une réalité multiforme. La seconde revient sur ce formidable outil de promotion pour les hautes juridictions, comme une nouvelle « loi d'airain » de l'oligarchie des juges. Légitimés par le prétendu cercle vertueux du « dialogue » transnational, ils s'élèvent en acteurs majeurs de ce nouvel ordre constitutionnel en gestation. La troisième souligne les dangers de l'expulsion du pouvoir « politique » de ces lectures du constitutionnalisme global. L'expulsion du même coup du vote populaire, de la citoyenneté politique, des circuits de la responsabilité... Quel formidable terreau pour les populismes ! La quatrième partie de l'article s'intitule : « *El discurso de la convergencia de los derechos y el imperialismo cultural* ». Car inévitablement, le « global » va se conjuguer avec une certaine dose de valeurs dites « universelles ». À propos du travail de la Commission de Venise, il est par exemple devenu courant de parler de ces standards européens à vocation mondiale. Toutefois, le revers de la médaille existe. Avant d'évoquer un partage des idées, des standards ou des émotions entre les peuples, encore faut-il les connaître dans leur histoire et leur dimension culturelle.

Luigi Pegoraro le dit souvent, ces notions de « patrimoine commun », de « droits intangibles », « d'uniformisation », de « convergence » des droits, sont de nature à inspirer la méfiance. Trop souvent le discours sur le constitutionnalisme global (indirectement sur la démocratie mondiale) préfère la conception *universaliste* du comparatisme à la conception *contextualiste*. De manière plus directe, nous avançons que cet excès d'universalisme ne rompt jamais totalement les chaînes de l'ethnocentrisme, et peut-être même d'un certain néo-colonialisme juridique (p. 162). À y regarder de près, de qui parle-t-on lorsque l'on évoque cette « globalisation judiciaire » ou ce vaste « dialogue » entre les juges ? Qui sont les interprètes des règles et principes du constitutionnalisme moderne ? Un cercle en réalité très fermé de juridictions : la Cour suprême des Etats-Unis, la Cour constitutionnelle allemande, les Cours supranationales de Strasbourg et de Luxembourg, la Cour constitutionnelle italienne de manière plus rare. Il s'agit donc d'un dialogue propre à l'hémisphère « Nord ». Et la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud dans tout ça ? Elle ne semble gagner le respect que lorsqu'elle intègre les argumentations et les techniques de pondération venues de ses homologues du Nord. La Cour suprême indienne ? On s'approche davantage du folklore. La Cour constitutionnelle de Colombie ou d'Equateur ? On entre dans le registre du désintérêt ou du mépris. La Cour interaméricaine des droits de l'homme ? Très, très rarement regardée en France. Avec un degré de critiques variable, nombreux sont les auteurs à souligner ces dérives : Ran Hirschel, Chery Saunders, James Tully, Adam Shinar..

Daniel Bonilla Maldonado va même jusqu'à considérer que les courants doctrinaux du « Sud » sont étouffés par l'hégémonie des professeurs du « Nord ». En plus d'une hiérarchie normative informelle, s'instaurerait une sorte de hiérarchie de la connaissance. « Dans ce dialogue, écrit-il, il n'est pas habituel d'entendre le nom d'un universitaire ou d'une institution du Sud global. Dans la littérature spécialisée, la jurisprudence des tribunaux du Sud est à peine mentionnée lorsque se discute la signification des principaux concepts du constitutionnalisme moderne » (« Prólogo. Hacia un constitucionalismo del Sur

Global », in D. Bonilla Moldonado, *Constitucionalismo del Sur Global*, ed. Siglo del Hombre, 2011, pp. 17-18). En France, par exemple, qui connaît ces grands auteurs classiques d'Amérique latine que sont Linares Quintana, Bidart Campos, Carlos Restrepo Piedrahita, Héctor Fix-Zamudio ou Carlos Santiago Nino, Álvaro Álvarez ? Nous pourrions faire le tour des continents et dresser ce même constat, alarmant. Une manière très occidentale de dire que le sous-développement social et économique de ces régions du monde est probablement lié à un sous-développement juridique.

Luigi Pegoraro analyse trois traits caractéristiques de cet « *occidente jurídico* » (voir « Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional », UNED, *Revista de Derecho Político*, n°104-2019) : d'abord la concession aux juges de fonctions politiques devenues incontrôlables ; ensuite la volonté d'appliquer une culture « libérale démocratique » occidentale dans toutes les parties du monde ; enfin la négation de la branche « contextualiste » de la science comparative. Cette dernière devrait au contraire révéler la richesse des droits de la communauté devant l'omnipotence occidentale de l'individu, la richesse des interprétations de la fraternité, la valeur des liens familiaux, du lien entre droits et devoirs chez certains peuples, l'articulation du droit et de la religion, la pertinence de l'outil du pluralisme juridique pour protéger les peuples indigènes, la *cosmovisión* constitutionnelle qui propose une nouvelle spiritualité constitutionnelle en lien avec la protection de l'environnement etc. Pour le professeur italien, « la doctrine constitutionnelle occidentale a formulé et continue de formuler des concepts et des mots (fédéralisme, souveraineté, liberté, égalité, séparation des pouvoirs...) auxquels elle attribue un caractère d'éternité et d'absolutisme spatio-temporel » (p. 49). Une véritable négation des cultures locales.

Du côté de ce constitutionnalisme-là, le temps de l'omnipotence tourne à l'asphyxie. Il lui faudrait désormais, pour se renouveler et se diversifier, prendre au sérieux cette « grande lueur » venue du Sud. Peut-être parviendrait-il ainsi à élaborer enfin un « *derecho constitucional altruista* ».

➤ **Sommaire de la revue avec les contributions en PDF :**

<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/1433>



Brésil : la religion s'invite à la Cour Suprême, Leonardo TRICOT SALDANHA[i], Docteur de l'Université pontificale catholique du Rio Grande do Sul, Doctorant en droit public à l'Université de Montpellier, CERCOP, 16/12/2021.

Le mandat du gouvernement Bolsonaro arrive bientôt à échéance. Si les élections de 2022 se déroulent dans le respect des lois, il est très peu probable qu'une réélection ait lieu. Mais, à l'image de Donald Trump aux États-Unis, le Président laissera un héritage durable : un jeune juge très religieux à la Cour Suprême Fédérale (STF).

André Luiz de Almeida Mendonça a fait un parcours professionnel bien particulier. S'il est évidemment juriste et avocat, il est aussi théologien diplômé et pasteur presbytérien dans une église de Brasilia. Allié très proche de Jair Bolsonaro, il a été son ministre de la Justice du 29 avril 2020 au 29 mars 2021 puis, récemment, Avocat général de l'Union (AGU) du 30 mars au 6 août 2021. A ce titre, il fut l'avocat du recours contre les décrets locaux qui ont interdit, pendant la pandémie de COVID 19, l'ouverture des églises et des temples. Dans cette affaire, très médiatisée, Mendonça a sidéré le monde juridique brésilien en citant des versets de la Bible et en affirmant que « les chrétiens ne sont pas prêts à tuer pour leur foi, mais à mourir pour elle »[1]. L'affaire est pour le moins troublante dès lors qu'en sa qualité de défenseur des intérêts juridiques de l'Etat, Mendonça était censé représenter la nation brésilienne qui est constitutionnellement laïque. Or, lorsqu'il a eu, pour la deuxième fois, l'opportunité de proposer un juge à la Cour Suprême, Jair Bolsonaro a déclaré qu'il chercherait un juriste « terriblement évangélique »...

Le 13 juillet 2021, le choix s'est donc porté sur Mendonça, soutenu par un vaste groupe chrétien au Parlement. Un long combat politique s'est déclenché, l'opposition le considérant comme un fanatique. Mais le 1er décembre, le Sénat a validé son nom (quarante-sept voix en sa faveur et trente-deux contre). C'est aujourd'hui, le 16 décembre, que le juge prend ses fonctions à la Cour Suprême qu'il est réputé exercer pendant vingt-sept ans.

Le fait d'avoir un juge avec de fortes convictions religieuses n'est pas un mal en soi. La république et la laïcité sont parfaitement compatibles avec la foi intime et personnelle de chacun comme l'a montré, en France, la présence au Conseil constitutionnel du catholique François Goguel qui, malgré ses convictions morales et philosophiques, a tenu à ne pas empêcher la Haute juridiction de valider la loi de dépénalisation de l'avortement. Mais le danger n'est jamais exclu : si le juge parvient à instrumentaliser sa fonction au service de ses convictions religieuses, l'espace de vie en commun menace alors de se rétrécir. Certes, nous ne pouvons pas être sûrs que Mendonça adoptera, comme juge, l'attitude qu'il avait observée quand il était Ministre de la Justice. Mais il faut malheureusement admettre que dans l'esprit de ses parrains que constituent respectivement le Président brésilien et la majorité sénatoriale, il a été désigné et élu à la Cour suprême dans cet objectif.

Dans une perspective de critique institutionnelle, plusieurs éléments peuvent être soulevés. D'abord, il se pose la question de savoir si le juge d'une Cour Suprême ne devrait pas avoir un mandat limité. Faut-il en effet que la volonté d'un Président et d'une majorité parlementaire, au-delà même de l'exercice de leurs mandats respectifs, continue de déteindre sur la composition d'un Tribunal pendant plusieurs décennies ? Cette perspective n'est peut-être pas souhaitable, même si elle correspond exactement à l'intention des pères fondateurs quand ils ont pensé la Cour Suprême nord-américaine : une fonction à vie garantirait l'autonomie des juges et donnerait à la Cour les avantages de la

continuité sachant qu'éventuellement, le candidat choisi par le Président peut toujours être rejeté par le Sénat s'il n'est pas digne de confiance.

Aux Etats-Unis, la juge Amy Coney Barrett a été choisie par le Président Donald Trump à la fin de son mandat. Très catholique, elle s'était manifestée publiquement contre divers droits liés à la procréation – l'avortement notamment. Au Sénat, son nom a été approuvé par tous les sénateurs républicains (au nombre de cinquante-deux) et rejeté par tous les démocrates (quarante-huit), un score encore plus étroit que Mendonça au Brésil. Pourrions-nous dire que le Sénat a vraiment exercé son rôle de contre-pouvoir dans ces scrutins ? Il est difficile de le penser dès lors qu'il est fort improbable que tous les sénateurs républicains étaient d'accord avec Barrett. Leur attitude était tout simplement guidée par leur fidélité à Trump.

La question d'envisager un mandat limité pour les juges des cours constitutionnelles est fondamentale. Mais il me semble que les nominations particulières de Mendonça au Brésil et de Barrett aux Etats-Unis nous renvoient à un phénomène bien plus effrayant encore. La nomination d'un juge « terriblement religieux », qui semble incapable de reléguer sa foi dans la sphère intime, constitue un affront. Une attaque contre les valeurs républicaines et libérales, une attaque contre la possibilité de bâtir un « vivre ensemble » et un espace pour tous.

[i] L'auteur remercie Augustin Berthout, Luc Reder, Barbara Miglioranza, pour la première lecture et Alexandre Viala, pour ses nombreuses suggestions accueillies.

[1] Journal « O Globo » du 7 avril 2021. 'Religiosos estão dispostos a morrer': Sustentação oral de André Mendonça em julgamento sobre abertura de igrejas provoca críticas nas redes, <https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/religiosos-estao-dispostos-morrer-sustentacao-oral-de-andre-mendonca-em-julgamento-sobre-abertura-de-igrejas-provoca-criticas-nas-redes.html>

V – THEORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT



"Carl Schmitt, précurseur du néolibéralisme ? A propos d'une conférence de 1932 pour le patronat allemand", Alexandre VIALA, Professeur à l'Université de Montpellier, Directeur du CERCOP, 6/01/2021.

On retient habituellement, du néolibéralisme, la définition qu'en livra Michel Foucault en 1978 dans son cours au Collège de France sur la *Naissance de la biopolitique*. Le propos du philosophe français consistait à présenter le néolibéralisme comme une critique de l'Etat et une forme de gouvernementalité hostile à toute intervention dans l'économie. Certes, Foucault cita le fameux colloque Walter Lippman de 1938 considéré comme l'une des sources majeures du néolibéralisme et au cours duquel fut revendiquée, sous le terme d'ordolibéralisme, la nécessité d'un encadrement étatique de l'économie en vue de garantir une concurrence loyale et non faussée entre les acteurs privés. Mais cet « ordre » libéral, qui exige l'intervention d'une main étatique destinée à conjurer les dérives potentielles du marché, n'est tenu que pour un simple instrument de régulation et demeure étranger à toute idée de redistribution sociale caractéristique du modèle keynésien. Au-delà de cet interventionnisme strictement procédural, le néolibéralisme demeure perçu, depuis longtemps, comme la manifestation idéologique d'une phobie d'Etat. Cette représentation s'est imposée dès la fin des Trente Glorieuses, lorsque fut savamment instruit le procès de l'Etat-providence par les tenants de la révolution conservatrice des années Reagan et Thatcher. Elle est celle d'une certaine orthodoxie économique qui vante aujourd'hui les mérites de l'austérité budgétaire, de la dérégulation du marché du travail et de l'introduction de la logique financière dans les services publics.

Avant Foucault, une autre figure tutélaire de la pensée du XXème siècle avait nourri cette représentation. Friedrich Hayek, dans *La Route vers la servitude*, imputa en effet l'avènement du

nazisme, dont il n'omettait pas de rappeler qu'il fut un national-socialisme, aux tendances totalitaires qu'il disait percevoir dans la démocratie : à force de vouloir représenter tous les intérêts de la société par l'instrument du suffrage universel, du syndicalisme et du pluralisme politique, et de céder à toutes les revendications du peuple, celle-ci aurait fini par succomber aux dérives d'un « Etat total ». Le néolibéralisme que revendique Hayek au lendemain de la Seconde guerre mondiale se présente comme un antiétatisme qui fait porter la responsabilité du fascisme à la démocratie ou, plus exactement, à la générosité sociale de la démocratie qui aurait constitué, sous le régime de Weimar, le terreau fertile duquel émergera ensuite le totalitarisme.

Or, ce concept d'*Etat total*, Hayek l'emprunta à Carl Schmitt qui l'avait clairement forgé et explicité lors d'une conférence prononcée le 23 novembre 1932 à Düsseldorf, intitulée *Etat fort et économie saine* et dont Grégoire Chamayou, spécialiste de la philosophie allemande, vient de nous livrer la traduction française dans un ouvrage récent qui contient, en appendice, la réplique cinglante du juriste allemand antifasciste Hermann Heller^[1]. Dans l'Entre-deux-guerres, le célèbre théoricien allemand de l'état d'exception dut en effet s'exprimer devant des représentants du patronat allemand pour vanter les mérites d'un libéralisme autoritaire capable de résister au poids grandissant des impôts et des prélèvements obligatoires qui grèvent l'économie des démocraties de masse. C'est dans ce tropisme invasif du régime démocratique que Carl Schmitt repère les traits caractéristiques de ce qu'il appelle l'Etat total au terme d'une distinction qu'il est important d'avoir à l'esprit. Sous sa plume, l'expression désigne à la fois un concept repoussoir et un idéal. Côté repoussoir, Carl Schmitt cible l'Etat total *quantitatif*, celui qu'abhorrent les néolibéraux, c'est-à-dire un Etat qui n'est total que par son volume en raison de sa dimension démocratique, mais non par son énergie. La démocratie est un *Etat total par faiblesse*, comme l'écrit Carl Schmitt, parce qu'en cherchant à satisfaire toutes les requêtes émanant des syndicats, des partis politiques et, de manière générale, de toute la société, elle conduit le pouvoir, qui devient impuissant, à se diluer et à se confondre avec celle-ci. Il faut alors un remède qui réside dans les vertus provenant de l'autre acception de l'Etat total, que Carl Schmitt appelle de ses

vœux : l'Etat total *qualitatif*, celui qui sied aux néolibéraux. Tel est l'Etat purgé de ses institutions pluralistes et, chemin faisant, considérablement délesté pour pouvoir se concentrer sur ses seuls attributs régaliens en vue de protéger l'économie libérale. Voici ce qu'il dit aux patrons allemands :

« Vous voulez libérer l'économie, vous voulez en finir avec l'interventionnisme de l'Etat social, avec une dépense publique excessive, avec les charges fiscales qui s'ensuivent, avec ce droit du travail qui vous entrave, etc. C'est entendu. Mais il faut bien vous rendre compte que, pour obtenir cela, c'est-à-dire un certain retrait de l'Etat hors de l'économie, il va falloir tout autre chose qu'un Etat minimal et neutre. Le paradoxe, c'est que, pour avoir moins d'Etat, il va falloir en quelque sorte avoir plus d'Etat » [2].

Et de justifier, par voie de conséquence, une politique active en faveur de la relance de la production, c'est-à-dire une politique de l'offre guidée par une incitation à la réduction des salaires pour embaucher davantage, par la distribution de cadeaux fiscaux au patronat, de crédits d'impôts et autres exonérations de charges, le tout accompagné d'un arsenal répressif destiné à éviter toute conflictualité sociale qu'un tel programme sera toujours susceptible de susciter. D'où la nécessité, pour Carl Schmitt, du recours aux décrets-lois, aux mécanismes d'état d'urgence économique ou à l'application de l'article 48 de la Constitution de Weimar qui permettait au président du *Reich*, quand les circonstances l'exigeaient, de suspendre les droits fondamentaux. Voilà les conditions d'un « Etat fort au service d'une économie saine » : l'Etat total idéal, aux yeux de Carl Schmitt, c'est le *libéralisme autoritaire* comme le suggère, d'un œil évidemment critique, Hermann Heller dans son article publié en mars 1933, postérieurement à la conférence de son rival, dans les colonnes de la *Neue Rundschau*, la fameuse revue libérale dont Stefan Zweig fut un contributeur régulier : « Nous assistons là, écrit-il, à l'émergence d'une nouvelle catégorie politique, une synthèse étrange : un *libéralisme autoritaire* » [3].

Mais ce que nous apprend Grégoire Chamayou, de manière fort édifiante, dans sa présentation des deux contributions allemandes, c'est la caution intellectuelle de cette double notion schmittienne d'Etat total (quantitatif et qualitatif) par les

fondateurs du néolibéralisme, ceux-là même qui s'illustreront lors du colloque Walter Lippman en 1938. C'est en effet en 1932 que paraissent les textes de naissance du néolibéralisme, écrits par Alexander Rüstow et Walter Eucken et qui en appellent à un « nouveau libéralisme » plus tard nommé ordolibéralisme. Un libéralisme qui ne soit plus « manchestérien » du nom de cette école qui prônait, au nom du libre-échange, un retrait total de l'Etat, mais un libéralisme doté d'un Etat fort. Tout ce que Hayek, puis Foucault, éluderont dans leur éloge du néolibéralisme, était déjà en germe chez les premiers néolibéraux : l'empreinte de Carl Schmitt. *« Ce qui frappe à la lecture des écrits de ces néolibéraux allemands du début des années 1930, précise Grégoire Chamayou, est le fait qu'ils citent tous Schmitt avec approbation ». « Ils ne le voient absolument pas, lui, ce penseur réputé antilibéral, comme leur adversaire, ajoute-t-il ; bien au contraire, ils adhèrent pleinement à son diagnostic : même analyse, même critique de Weimar, même tableau apocalyptique de l'Etat-providence à la fois expansionniste et impotent »*^[4].

Aujourd'hui, l'illustration la plus fidèle à l'épure conceptuelle du libéralisme autoritaire définie par Carl Schmitt avec la caution des premiers néolibéraux, se manifeste assez clairement dans les démocraties illibérales. Ces régimes mettent un Etat fort et une pratique non libérale de la démocratie au service d'une économie qui reste, quant à elle, foncièrement libérale. Ce que leurs dirigeants détournent de son essence est moins le libéralisme, qui demeure à l'échelle de leurs nations respectives ce à quoi aspiraient les néolibéraux des origines, que la démocratie avec toutes les garanties dont elle doit être accompagnée : respect des droits fondamentaux, indépendance du pouvoir judiciaire, pluralisme culturel.

Mais les démocraties dites libérales ne sont pas soustraites, quant à elles, au devoir de vigilance. Dans certaines d'entre elles, à l'heure où se succèdent les crises – économiques, migratoires, sécuritaires et sanitaires – les pouvoirs exécutifs ont tendance à multiplier les recours aux mesures d'exception sans mettre en cause l'économie libérale et n'ont aujourd'hui pour seule alternative audible, en raison de la crise dans laquelle est toujours plongée la social-démocratie depuis la révolution conservatrice des années quatre-vingt et la désindustrialisation, que des

formations à vocation populiste. La voie préconisée par Carl Schmitt et suivie par les néolibéraux des origines, c'est celle dans laquelle s'étaient engouffrés, avant l'arrivée d'Hitler au pouvoir, les gouvernements centristes respectivement tenus par Brüning puis Von Papen avec les conséquences que l'on connaît : l'absence de conflictualité politique, étouffée par une série de mesures autoritaires constitutionnellement valides sous la République de Weimar, fut le contexte idéal dans lequel a pu prospérer le ressentiment des classes populaires auquel le putsch de 1933 a offert sa funeste réponse. Faut-il prendre au sérieux l'ouvrage récent de Michaël Foessel qui nous invite à redouter le spectre de la récidive ?^[5] Chacun sait que l'histoire n'obéit à aucune loi, mais l'ouvrage de Grégoire Chamayou, au moins, a le mérite de clarifier les origines intellectuelles du néolibéralisme.

^[1] *Du libéralisme autoritaire*. Carl Schmitt, Hermann Heller, traduction, présentation et notes de G. Chamayou, Editions Zones, 2020.

^[2] C. Schmitt, *Etat fort et économie saine*, in G. Chamayou, *Du libéralisme autoritaire*, op. cit., p. 87.

^[3] H. Heller, *Libéralisme autoritaire ?*, in G. Chamayou, *Du libéralisme autoritaire*, op. cit., p. 123.

^[4] G. Chamayou, op. cit., p. 33.

^[5] M. Foessel, *Récidive 1938*, Paris, PUF, 2019.



« Au Conseil de défense, Hobbes dans le corps de Macron », Alexandre VIALA, Professeur à l'Université de Montpellier, Directeur du CERCOP, 3/02/2021.

Malgré la menace du variant anglais du SARS-CoV-2 qui fait toujours courir le risque d'une troisième vague épidémique, le président de la République maintient son refus, contre l'avis de nombreux experts, de prescrire un troisième confinement : un simple durcissement des restrictions sanitaires vaut mieux qu'une

application radicale du principe de précaution qui pourrait encore mettre à l'arrêt l'économie du pays. La stratégie adoptée par Emmanuel Macron lors du dernier Conseil de défense tenu ce jour dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19 dénote une sensible évolution dans le rapport qui s'est installé entre les experts scientifiques et les responsables politiques depuis le début de la crise. Le Président de la république avait déjà observé, au moment de la sortie du premier confinement, une certaine distance vis-à-vis des recommandations du Conseil scientifique en décidant, contre l'avis de celui-ci, de rouvrir les établissements scolaires, sans attendre la rentrée du mois de septembre, au nom de la lutte contre les inégalités qui exigeait, fût-ce au détriment de l'impératif sanitaire, que chacun puisse se rendre à l'école pour recevoir la même éducation sans dépendre de la condition sociale et culturelle de ses parents. Un premier signal venait dissiper les craintes qu'avaient suscité, dès le début de l'état d'urgence, les mots d'Olivier Véran : « *derrière chaque décision se cache une blouse blanche* », clamait-il au risque d'alimenter le discours caricatural de ceux qui agitaient le spectre d'une « dictature sanitaire ».

A l'heure où nombre d'experts redoutent la survenance d'une troisième vague épidémique, analogue à celle du printemps dernier, cette tendance se confirme. Le pouvoir exécutif assume pleinement la responsabilité de ses mesures sans systématiquement se caler sur les préconisations, parfois très strictes, du Conseil scientifique. On se souvient des propos particulièrement explicites tenus en septembre par Jean-François Delfraissy selon qui le gouvernement allait « *être obligé de prendre un certain nombre de décisions difficiles* ». Jusqu'au reconfinement du mois de novembre, l'exécutif n'obtempéra pas tout de suite et avait plutôt choisi de contrôler l'épidémie en adaptant les contraintes aux circonstances locales et en s'appuyant sur le rôle des préfets en concertation avec les élus locaux. Certains proches de l'exécutif ne se gênaient plus pour rappeler que l'art de gouverner est une fonction politique et non sanitaire dans l'exercice de laquelle le médecin ne détient pas le dernier mot. Tout le contraire de ce qu'évoquaient les termes employés par Jean-François Delfraissy. La sortie de ce dernier fut pour le moins troublante car elle tournait le dos, de façon abrupte, à l'un des principes les plus élémentaires de ce qui

constitue la pensée politique moderne, tel que l'a défini Max Weber : la séparation du savant et du politique. En avertissant, dans son avis, que le gouvernement allait « être obligé » d'adopter des décisions difficiles, le président de cette instance consultative incarnait un dévoiement normatif de la science qu'il semblait totalement assumer. Cette usurpation de la souveraineté était susceptible, chemin faisant, de servir de caution confortable à un pouvoir politique tenté d'adopter ces mesures en se parant de la vérité scientifique. Sauf que celle-ci est un horizon inaccessible, comme le montre l'apparition de voix discordantes au sein de la communauté médicale sur la stratégie optimale qu'il convient d'adopter face au virus. Comme le disait l'épistémologue Karl Popper, si la controverse constitue l'essence même des rapports qui gouvernent l'univers scientifique, la recherche de la vérité n'est qu'une « quête inachevée ».

Tournons-nous alors vers une littérature plus ancienne que celle de Max Weber pour bien saisir les conditions d'une saine relation entre le pouvoir et la science et relisons le sceptique Thomas Hobbes. Conscient du caractère inachevé de toute controverse, l'auteur du *Léviathan* (1651) perçut très vite qu'il n'est pas souhaitable qu'au sein d'une communauté, le souverain se fonde sur cette inaccessible vérité pour trancher les conflits et arrêter ses décisions. Selon la terminologie du philosophe, il existe une *lex naturalis*, formulée en termes savants, selon laquelle l'usage illimité, par chacun, de ses droits *naturels*, réputés comme tels selon un *a priori* métaphysique, peut conduire à leur dissolution dans l'abominable chaos. Mais la conséquence qu'en tirent les individus éclairés par cette loi, en déléguant l'usage de leurs droits *naturels* au souverain, est un acte de pure liberté. Telle est la signification moderne du contrat social : la *loi naturelle* « n'oblige » pas, contrairement à ce que laissait entendre le professeur Delfraissy en se fondant sur ses propres convictions scientifiques en vue d'en inférer une fatalité normative. Le déterminisme de la loi anthropologique (le *Sein*) s'arrête là où parle la souveraineté de la norme juridique (le *Sollen*). David Hume et sa loi éponyme, puis Kelsen, écriront à ce sujet les pages que l'on sait.

La loi naturelle de Thomas Hobbes, c'est la loi scientifique dont on trouve maintes illustrations, à l'échelle de la crise

sanitaire actuelle, dans les conclusions des épidémiologistes qui, au sein de leur propre communauté, ne sont pas tous d'accord. La thèse qui recommande le confinement pour éviter l'engorgement des hôpitaux détient le statut pragmatique de la loi naturelle de Hobbes. Elle ne prescrit aucune conduite et n'a pas le statut d'une norme aussi longtemps que *Léviathan*, investi par le contrat social, n'aura pas déterminé ce qui est obligatoire, interdit et permis en tâchant de concilier l'impératif sanitaire des mesures avec leur degré d'acceptabilité sociale, leur impact sur l'économie et la préservation de la liberté des citoyens. Dans le cas contraire, le contrat social changerait de nature pour revêtir les aspects d'un contrat vital au sein duquel la politique, reléguée au rang de biologie appliquée, évoluerait sous la tutelle d'une science qui n'aurait plus la fonction critique qu'on attend d'elle. Toute démocratie doit préserver cette fonction en garantissant la liberté d'expression des épidémiologistes qu'elle peut compter dans ses rangs, qu'ils soient ou non favorables aux recommandations d'un Conseil scientifique en exercice. Aucune n'est tenue, en revanche, de se doter d'une instance unique dont les avis sont, par nature, scientifiquement réfutables et la légitimité, par voie de conséquence, problématique. Aussi paradoxal que cela puisse être, compte tenu de la réputation du philosophe anglais, la stratégie actuelle du chef de l'Etat, moins dure que celle que préconisent les médecins qui l'éclairent, est bel et bien d'inspiration hobbésienne. La philosophie politique de Hobbes n'est pas réductible à sa légendaire obsession sécuritaire. Sa modernité réside avant tout dans son scepticisme à l'égard de quiconque avance sous la bannière de la vérité. En un mot, elle souligne la dimension décisionniste du métier politique. En prescrivant avec discernement les nouvelles restrictions sanitaires, sans se caler aveuglément sur la ligne dictée par les avis d'experts, le président de la République prend assurément des risques, qui ne sont pas dénués d'arrière-pensées électorales, mais remplit normalement sa fonction, celle dont l'affreux Monsieur Hobbes, pour reprendre le sobriquet de Voltaire, avait dessiné les contours.



"Napoléon et le roman national : l'excuse historiciste", Alexandre VIALA, Professeur à l'Université de Montpellier, Directeur du CERCOP, 8/05/2021.

Il eût été surprenant que la commémoration de la mort de Napoléon Ier n'attirât point les polémiques autour de la question hautement sensible de la mémoire. Rompant avec ses prédécesseurs qui, à l'exception de Georges Pompidou, n'ont jamais célébré celle de l'empereur, Emmanuel Macron a tenu cette semaine à lui rendre hommage aux termes d'un discours calibré prononcé sous la coupole de l'Institut de France et suivi par le dépôt d'une gerbe aux pieds du tombeau des Invalides. Le bicentenaire de la disparition du captif de Sainte-Hélène, survenue le 5 mai 1821, ravive la querelle qui oppose aujourd'hui, autour de la question de l'histoire, deux discours que les mots d'Emmanuel Macron, fidèle à sa rhétorique du « en même temps », ont tenté de dépasser en définissant ainsi son initiative : « *commémorer n'est pas célébrer* ».

D'un côté, nous avons les partisans du « roman national » qui rejettent toute segmentation de l'histoire. Ils considèrent qu'elle est un héritage dont on ne doit retirer aucun élément, fût-il de nature à entacher nos principes universels les plus élémentaires. C'est ainsi que l'empreinte négative du Premier Empire qui a rétabli l'esclavage dans les colonies et promulgué un Code civil ponctué de dispositions de nature patriarcale, aujourd'hui abrogées, ne saurait faire obstacle à la commémoration d'un homme qui a su répandre dans toute l'Europe continentale, fût-ce au prix de deux millions de pertes humaines, l'esprit des Lumières.

De l'autre, nous avons les tenants de la déconstruction qui, au nom de la lutte actuelle contre les discriminations, estiment

légitime l'exercice d'un droit d'inventaire parmi les faits soumis au regard de l'historien. Depuis l'ouvrage que Robert Paxton publia sur *La France de Vichy* en 1973 pour démonter le mythe gaullien d'une France résistante[1], cette lecture invite à la reconnaissance des fautes commises par nos anciens à l'aune de nos principes contemporains. Elle consiste également, comme s'y sont employés les contributeurs de l'ouvrage collectif dirigé par Patrick Boucheron sur *L'histoire mondiale de la France*, à entreprendre un jugement critique de l'histoire en se fondant sur des données scientifiques pour désacraliser des figures ou des événements auréolés par les gardiens du « roman national »[2]. Aux yeux de ces derniers, semblable déconstruction commet l'irréparable : elle désenchante le passé au risque de saper la transcendance républicaine et de compromettre toute chance de maintenir la cohésion nationale.

La déconstruction de l'histoire, qui répond vertueusement aux exigences requises de l'esprit scientifique et universitaire, n'est certes pas exempte d'intentions militantes. En exigeant de purger la mémoire française de ses figures colonisatrices, à l'instar de Colbert dont elle réclame le déboulonnage, elle alimente le discours victimaire et se présente parfois comme l'expression du ressentiment et du repli identitaire de certaines communautés qui voient dans l'universalisme le masque hypocrite de la domination occidentale souillée par le péché colonial. Cette dérive potentielle, particulièrement active dans les campus américains à travers ce qu'on appelle la *Cancel culture*, hérisse évidemment les tenants du roman national qui ont beau jeu d'enrôler à leur service la bannière de l'universalisme en dénonçant le danger du racisme[3]. Sauf que pour absoudre le passé des traces compromettantes qui salissent le beau roman de l'histoire, l'universalisme n'est pas toujours, loin s'en faut, l'outil le mieux mobilisé.

Je songe à l'argument qui consiste à invoquer l'excuse du contexte : il est souvent déployé, par exemple, pour dire que si

Napoléon a rétabli l'esclavage aboli avant lui par le régime de la Convention, on ne saurait trop lui en faire grief car nul ne devrait juger l'histoire avec les « lunettes » du présent. Le contexte de l'époque, durant laquelle toutes les monarchies européennes pratiquaient encore l'esclavage, serait une puissante cause d'exonération de la responsabilité de l'empereur qui, en quête de financements pour soutenir sa flotte face aux Anglais, céda facilement aux sollicitations des propriétaires terriens des Antilles. Le contexte du cours de l'histoire, voilà l'excuse. Même batterie d'arguments tenant lieu de circonstances atténuantes pour expliquer la présence, dans le Code Napoléon, des discriminations supportées par l'épouse au profit de son mari : à l'époque, assène-t-on, la France n'est pas une exception et la femme n'y obtiendra le droit d'ouvrir un compte bancaire qu'en 1965.

Il est vrai qu'en jugeant les actes de nos lointains prédécesseurs à l'aune des critères éthiques contemporains, la déconstruction de l'histoire commet un travers épistémologique bien connu : l'anachronisme. Mais le scrupuleux respect du contexte historique n'est pas un réflexe méthodologique innocent. Observé en vue de préserver le mythe de l'épopée napoléonienne, il trahit le désir d'éviter que la légende noire n'entache la légende dorée de l'empereur et contribue, chemin faisant, à nourrir paradoxalement ce contre quoi les tenants du roman national, justement, ne cessent de se dresser : l'historicisme. Voilà une dérive que Léo Strauss, connu pour son tropisme conservateur, avait pour obsession de condamner. Il imputait ce travers à la modernité et au progressisme gangrénés, selon lui, par le démon du relativisme. Selon le philosophe allemand, l'historicisme est le germe le plus puissant de dissolution des valeurs puisqu'il consiste à ériger au rang d'idéal ce que produit le cours de l'histoire indépendamment de tout étalon anhistorique. Aux antipodes de la philosophie antique et platonicienne qui élevait l'idéal au digne rang d'étalon fixe pour juger ce qu'accomplissent les hommes dans l'histoire, l'historicisme alimente la confusion des faits et des valeurs en laissant s'épanouir un sentiment de

fatalité devant la contingence de celles-ci^[4]. Sur fond de relativisme – chaque époque définissant arbitrairement son propre référent axiologique – le vent fugace de la modernité, que Léo Strauss divise en trois vagues, aurait fini par ériger au rang d'idéal le réel du moment en substituant l'histoire au droit naturel.

La première étape de cette décomposition visée par Léo Strauss hanté par les vestiges grecs et romains de l'hétéronomie, est le moment machiavélien. Par son cynisme, le philosophe florentin attribua non pas à la vertu mais à la passion et à l'égoïsme des hommes – c'est-à-dire à l'être – la tâche de faire advenir ce qui doit être. Dans l'esprit de Machiavel, précurseur de la modernité que Leo Strauss considérait « plus grand que Christophe Colomb »^[5], gérer la Cité en déterminant le juste et l'injuste est une entreprise qui dépend des réalités imparfaites des hommes. La deuxième vague du rabaissement historiciste de l'idéal au niveau du réel repéré par la démarche critique de Strauss est le moment rousseauiste : pour le citoyen de Genève, le devoir-être est l'expression collective des volontés particulières à un moment historique donné. La volonté générale ne saurait errer par cela seul qu'elle existe. Derrière ce postulat emblématique de la pensée légicentriste, se laisse deviner l'empreinte historiciste de la modernité qui n'est rien d'autre, aux yeux de quiconque est animé du souci de séparer le droit (idéal) et la loi (réelle), qu'une tragique démission devant la toute-puissance du tourbillon des faits historiques. Le troisième temps culmine avec Nietzsche qui, au nom d'un vitalisme absolu, fustigeait la posture chrétienne de l'idéaliste érigeant les valeurs au rang de référence pour jauger la vie.

Il est dès lors troublant d'observer le même procédé chez les tenants du roman national, pourtant si attachés au maintien d'une transcendance républicaine qu'ils tiennent obstinément à prémunir des effets, néfastes à leurs yeux, de l'accélération du temps et de l'évolution des mœurs. En usant du paravent commode de la contextualisation des événements, ils pratiquent,

dans le rétroviseur de l'histoire et au mépris de l'idéal universaliste, le même relativisme qu'on associe habituellement, depuis Nietzsche, aux chantres de la déconstruction et de l'inversion des valeurs. L'excuse du contexte est le biais historiciste des tenants du roman national.

[1] R. Paxton, *La France de Vichy*, trad. C. Bertrand, Seuil, 1973.

[2] P. Boucheron (dir.), *Histoire mondiale de la France*, Seuil, 2017.

[3] M. Bock-Coté, *La révolution raciale et autres virus idéologiques*, Editions de La Cité, 2021.

[4] L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, 1953, rééd. Flammarion, 1986.

[5] L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, *op. cit.*, p. 192.

VI – DROIT ETRANGER, DROIT COMPARE



“Une « laïcité » émergente dans la nouvelle Constitution tunisienne de 2014 »^[1], Karim RAHMOUNI Maître-assistant à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et de Gestion de Jendouba, 12/01/2021.

La nouvelle Constitution tunisienne^[2] a-t-elle fait de la Tunisie post révolutionnaire une démocratie moderne ? Le pays a-t-il gagné en démocratie et en modernité politique et juridique ? La Tunisie nouvelle au moment de la II^{ème} République, est née à la suite d’une révolte populaire profonde revendiquant à la fois un changement structurel aussi bien qu’un changement politique économique et social. C’est d’abord parce que la République de l’indépendance, sous les deux anciens régimes, que ce soit celui de Bourguiba ou de Ben Ali, n’avait pas su relever et vaincre tous les défis auxquels elle avait été confrontée (démocratisation politique, décentralisation territoriale effective, libertés publiques, en particulier liberté de la presse...). C’est aussi parce que la Constitution de l’indépendance, celle du 1^{er} juin 1959, amendée à plusieurs reprises^[3] n’avait pas, explicitement, mis à son actif une véritable démocratie où l’alternance du pouvoir s’organise de manière démocratique et transparente^[4]. C’est enfin parce que les troubles sociaux qu’a connus le pays, qui sont d’ailleurs nombreux^[5], remettent en question la nature même du pouvoir et du régime politique en place^[6]. Une ferveur de changement s’est exprimée manifestement, mais également une volonté de compromis s’est manifestée chez les Tunisiens aussi bien dans les villes que dans les campagnes, à gauche autant qu’à droite, dans le but de s’approprier de nouvelles institutions capables de répondre aux exigences récentes qui se manifestent en Tunisie et qu’impose, particulièrement, la nouvelle donne politique.

L'adoption de la nouvelle Constitution tunisienne le 27 Janvier 2014 a été perçue, ainsi, de l'intérieur comme de l'extérieur, comme un grand succès aussi bien politique que juridique. Un succès politique parce qu'au moment où les pays du « printemps arabe » basculaient dans des querelles idéologiques et religieuses insolubles, et en dépit de la difficile conjoncture que traversait le pays^[7] où il existait un sentiment de désespoir, on a vu l'assemblée nationale constituante (ANC) adopter une nouvelle Constitution. Un succès également juridique parce que cette Assemblée nationale constituante, dont la majorité est issue de la tendance islamiste^[8] est arrivée enfin à instaurer un régime « démocratique passablement islamique^[9] », c'est-à-dire, une Constitution à double vocation aussi bien par son contenu que par les idées qu'elle porte. Ce point de vue a été largement défendu par les élites intellectuelles modernistes, notamment dans le cadre de l'initiative citoyenne lancée dès mars 2011, et qui ont largement diffusé l'idée selon laquelle l'article 1^{er} de la Constitution du 1^{er} juin 1959 doit être maintenu malgré son ambiguïté sur la nature de l'Etat et la société^[10]. Dans cette perspective, nous rappelons que, les constituants ont consacré, non seulement un article portant sur la « liberté de conscience », mais également, que le parti islamiste *Ennahda*, au pouvoir depuis le 23 octobre 2011^[11], a accepté, dès le printemps 2012, de ne pas adopter ni introduire de référence à la *chari'a* (la loi islamique) dans la nouvelle Constitution. De plus, en adoptant le premier article de la Constitution du 1^{er} juin 1959, il s'est engagé à ne point le réviser. En effet cet article précise que « La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain. L'islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime » et il rajoute : « Il n'est pas permis d'amender cet article. ». Les députés ont tous voté (à trois exceptions près) en faveur de cet article avec ce rajout. L'article 2, prévoit l'instauration d'« un Etat à caractère civil, basé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit ». Il a reçu le même rajout qui le rend non amendable.

Les amendements proposant l'islam comme « source principale de la législation » ont donc été rejetés par l'Assemblée. Un renoncement mal vécu par l'aile dure du parti islamiste. Mais au fil des mois et de la contestation grandissante contre *Ennahda*, celui-ci n'avait plus guère le choix. Nous assistons ainsi à la naissance d'un mouvement « post islamique » qui défend passionnément la religion, mais souligne aussi les droits des citoyens, autrement dit, une nouvelle perception juridico-philosophique de nature islamique s'installe^[12]. Les constituants de l'assemblée, après d'âpres discussions concernant le système juridique à entreprendre, notamment l'article 1^{er}, ont finalement été convaincus de la légitimité historique dudit article : il fallait le conserver intégralement, car il conciliait l'identité du peuple tunisien et la nature de l'organisation politique et juridique de l'Etat.

De ce fait, peut-on parler d'une laïcité de nature musulmane ? Ou d'une « civilité » juridique ? Ce concept de « civilité » est nouveau, nous y reviendrons. Ou plutôt faut-il parler d'une avancée vers une sécularisation de l'Etat ? Autrement dit, une conciliation entre pratique musulmane et modernité juridico-politique ? Existe-il une liberté religieuse avec cette nouvelle donne ? Quelle est la signification de la liberté de conscience que la nouvelle constitution veut consacrer ? Est-elle une véritable avancée de la société vers l'appropriation d'un Etat laïc ? Cette notion d'Etat laïc, même nuancée, fait toujours l'objet d'une controverse en Tunisie comme dans le monde musulman. Nous essayerons d'examiner les solutions adoptées dans la nouvelle Constitution. Il faudra éclairer d'une part ce type de sécularité juridique, notamment les éléments d'identification de la « laïcité » en Tunisie (Partie I), et d'autre part la complexité religieuse et en particulier l'ambigüité de la notion de « laïcité » dans sa version conciliante islamique (Partie II).

PARTIE I : Les éléments d'identification de la « laïcité » en Tunisie

Si la nouvelle Constitution tunisienne dans les articles 1^{er} et 2, consacre le statut de supra constitutionalité^[13] du caractère juridique de l'Etat (Section 1), c'est pour mettre fin à l'interminable problématique doctrinale portant sur la nature juridique de l'Etat. L'intangibilité des principes constitutionnels contenu dans lesdits articles est-elle juridiquement protégée (Section 2) ? Et si oui, quels sont les moyens de protection juridiques de ces principes ?

Section 1 : Une « laïcité » identifiée par des principes constitutionnels intangibles

L'Assemblée nationale constituante a donc maintenu le texte de l'article premier de la Constitution du 1^{er} juin 1959. «*La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime*». Néanmoins, pour diverses raisons de nature idéologique, religieuse, historique ou encore linguistique, le constituant s'est montré bien prudent, en ce qui concerne la notion de « laïcité » : il a refusé de l'introduire clairement dans le nouveau texte de la Constitution. Mais, en revanche, la constituante, en adoptant dans son article 2 cette notion nouvelle, à savoir la « civilité » de l'Etat pose le problème du sens du mot. Est-ce bien le caractère non religieux de l'Etat qui est reconnu ? Pourquoi n'a-t-on pas utilisé carrément la notion de « sécularité de l'Etat » « *'almaniat addawla* » ? S'agit-il d'une contradiction dans les termes ou d'une fondation dualiste qui concilie l'islam avec la démocratie ? Pour pouvoir répondre à ces questions, il nous faudra d'abord expliquer à quoi se réfère l'article premier.

A- Le maintien de l'article 1er de la Constitution du 1er juin 1959 : une clause d'éternité

Pourquoi la constituante a maintenu l'article 1^{er} dans son intégralité ? Pourquoi y a-t-il le rajout d'une clause d'éternité ?

Il est évident de rappeler, d'abord, que cet article a fait constamment l'objet de nombreuses interprétations par la doctrine juridique. Il se réfère à l'islam en tant que religion de la Tunisie et notamment à sa population si l'on se réfère aux travaux préparatoires et non à l'islam comme religion de l'Etat^[14]. A cet égard, Il existe un problème linguistique et non légal quand on lit l'article en question : à quoi se réfère cet adjectif possessif « sa » dans l'énoncé «sa religion est l'islam» : à la Tunisie ou à l'Etat ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de recourir aux argumentations des travaux préparatoires et aux discussions de la première Assemblée constituante de 1956 afin de comprendre le sens dudit article^[15]. Il faut dire que le débat au sein de l'Assemblée était de grande importance et parfois tendu et contradictoire entre ses membres, en raison notamment de la formulation de l'article 1^{er} de la Constitution envisagée. Des qualificatifs comme « Etat islamique », « Etat musulman » ou « Etat dont la religion est l'islam » ont été rejetés par la majorité des membres, parce qu'ils impliqueraient non seulement que la source du droit soit le droit musulman mais également engendreraient nécessairement des conséquences juridiques et réglementaires de nature *charaïque* sur le fonctionnement des institutions de l'Etat^[16]. La question a été tranchée définitivement en considérant que la population tunisienne est majoritairement de confession musulmane. Dans ce cadre, nous soulignons, que la majorité des membres de l'Assemblée nationale constituante ont voté pour la proposition présentée par le président Habib Bourguiba considérant que l'islam est la religion du peuple tunisien dans sa majorité et que l'arabe est la langue du pays. Cela prévient ainsi toute déformation de l'article et évite tout

jugement de nature à faire perdre le sens désiré^[17]. Evoquer, également que la religion de l'Etat est l'islam, cela ne relève pas de la normativité juridique, mais simplement du constat objectif que la quasi-totalité du peuple tunisien est de religion musulmane^[18].

Pour le doyen Sabok Belaïd, le terme « Islam religion d'Etat » n'a aucune conséquence normative. C'est pourquoi certaines constitutions arabes qui veulent instituer l'islamité du droit ajoutent un article imposant la *chari'a* comme source du droit. Tel est le cas de la constitution égyptienne du 11 septembre 1971. Au regard du constituant égyptien, la première partie de la phrase de l'article 2 « *l'islam est la religion de l'Etat dont la langue officielle est l'arabe* » ; ne suffit pas à imposer la *chari'a* comme source ; il lui a fallu préciser sa volonté, par un second membre de phrase « *les principes de la loi islamique constituent une source principale de législation* ». Certes le fait que l'islam soit la religion de l'Etat implique nécessairement des obligations pour l'Etat de veiller sur la religion, sur les mosquées, les *imams* et sur les institutions de la *fetwa*. Mais cela ne conduit pas à faire du droit musulman une source formelle du droit. Ainsi le doyen Yadh Ben Achour considère que « *L'islam religion de l'Etat* » ne signifie nullement l'entrée de la religion en politique, mais bien sa sortie^[19]. De même pour la langue, l'article 1^{er} a évité de mentionner la langue arabe comme langue nationale officielle comme cela a été demandé par tout un courant parmi les *zeitouniens*, en utilisant la même formulation que celle pour la religion en renvoyant à une vérité sociologique et culturelle : « sa » langue est l'arabe. Dans cet ordre d'idée, l'article 1^{er} de la constitution de 1^{er} juin de 1959, a permis ainsi à l'Etat de se séculariser sans se déposséder de son identité arabo-musulmane, autrement dit, de donner la primauté à la politique tout en maîtrisant le champ religieux. Mais cette ambivalence des rôles que joue l'Etat a suscité durant des années les réserves des laïques d'une part, qui prônent une séparation nette, et la colère

des islamistes qui y voient une « *supercherie* », comme disait, le politologue Hamadi Redissi^[20].

La révolution, pourtant d'inspiration libérale, a curieusement maintenu la référence à l'islam mais en considérant que l'article 1^{er} exigeait davantage de précision. Le parti islamiste d'*Ennadha*, vainqueur des élections de l'ANC d'octobre 2011 à bien voulu reprendre la question en incluant une disposition de nature à trancher le débat doctrinal sur l'interprétation de l'article premier (religion de l'Etat ou de la Tunisie), et en y intégrant une clause d'éternité ou de supra constitutionalité : « Il n'est pas permis d'amender cet article », comme on l'a vu. Et cela après avoir abrogé l'ancien article 148 du projet (« *Aucune révision ne peut porter atteinte à l'islam en tant que religion de l'Etat* »), objet d'une vive contestation de l'opposition et de la société civile. Le maintien dans son intégralité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1959 a fait l'objet finalement d'un consensus, *tawâfuq*^[21], c'est-à-dire, d'un renoncement aux procédures majoritaires de vote, au profit d'un processus politique informel par tacite acceptation entre d'une part l'élite moderniste qui prônait pourtant une sécularisation juridique claire et d'autre part les islamistes qui firent une concession voyant en cet article 1^{er} une garantie suffisante pour le maintien de l'identité arabo musulmane de la Tunisie. Si en définitive, on admet que l'article 1^{er} de la Constitution est maintenu dans son intégralité et dans sa version originale, même s'il est authentifié par une clause d'éternité, il laisse néanmoins une zone d'ombre susceptible de poser ultérieurement des problèmes complexes d'interprétation. C'est ainsi que les partisans de l'islam politique interprètent les dispositions de l'article premier, comme équivalent de la formule « l'islam est la religion de l'État ». Mais d'autres considèrent tout simplement que cet article premier est le résultat d'un héritage socio-culturel musulman, les musulmans étant majoritaires en Tunisie. Pour eux, il s'agit d'un article descriptif et non prescriptif.

Mais est-ce que l'article 2 tranche la question en mettant en avant le caractère « civil » de l'Etat ? S'agit-il bien d'Etat séculier ?

B - La consécration du caractère « civil » de l'Etat dans l'article 2 : une clause supra constitutionnelle.

Que signifie, d'abord un Etat civil, (*addawla al-madaniyya*) mentionné dans l'article 2 de la nouvelle Constitution : « *La Tunisie est un Etat civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit* » ? Ledit article, consacre-t-il le statut de supra-constitutionnalité ?

Contrairement à d'autres principes définis dans le chapitre 2 de la constitution tels que les « droits et libertés », la « civilité »^[22] de l'Etat apparaît dans diverses dispositions de la Constitution^[23] et n'a fait l'objet d'aucune définition précise de la part du constituant. C'est à la suite d'un débat acharné entre culturalistes et modernistes autour des dispositions de l'article 1^{er} que le constituant a voulu clore cette polémique en mettant l'accent sur le caractère « civil » de l'Etat dans l'article 2 de la constitution, confirmé lui aussi par la clause d'éternité : « Il n'est pas permis d'amender cet article ».

La limite imposée au pouvoir constituant « institué » de ne point modifier ledit article, trouve, non seulement, son origine dans l'article 1^{er} de la Constitution de 1959^[24], mais également dans la volonté de mettre fin à l'interminable débat doctrinal sur la confusion de la nature juridique du caractère de l'Etat. En effet, l'idée de supra-constitutionnalité de la « civilité » de l'Etat consisterait, ici, selon le constituant, à lui donner une valeur supérieure à celle conférée à la Constitution. Autrement dit, la supra constitutionnalité supposerait, qu'il existe des règles supérieures à la Constitution^[25], et c'est probablement bien, la raison pour laquelle l'Assemblée nationale constituante a bien voulu donner une nouvelle légitimité à la deuxième République,

c'est-à-dire, l'inscription de celle-ci parmi les éléments immuables de l'identité tunisienne caractérisant la civilité de l'Etat.

Toutefois, cette notion de « civilité de l'Etat » mérite des éclaircissements comme on l'a dit plus haut. S'agit-il d'un l'Etat vraiment laïc ou simplement un Etat non religieux se référant aux enseignements de l'islam tel qu'il se présente dans le préambule de la constitution^[26] ? Un débat juridique s'est engagé sur cette ambiguïté. Un Etat civil peut-il s'opposer à un Etat religieux, *addawla ad-diniyya* ? Ou peut-il se l'approprier ?

En fait, l'idée de la « civilité » de l'Etat et par là la réconciliation de l'authentique tradition islamique d'une part et la modernité politique d'autre part, remonte au réformateur *Muhammed Abduh*^[27]. Il fut le premier à avoir dit que l'Etat en islam est par « nature un Etat civil » c'est-à-dire sans Eglise^[28]. Il admettait, ainsi, un gouvernement démocratique et constitutionnel se basant sur le principe de la séparation souple des pouvoirs et la nécessité de soumettre le gouvernement au contrôle d'une assemblée représentative qui exprime l'opinion publique^[29]. C'est d'ailleurs ce qui justifie le programme électoral du parti islamiste d'*Ennahdha* en prônant « le modèle de l'Etat civil » et en se référant à la pensée libérale réformatrice du XIX^{ème} siècle^[30], tandis que la plate-forme du parti de la Liberté et de la Justice en Egypte, qui est une émanation des Frères musulmans, parle de « l'Etat civil à référence islamique », sans que le contenu n'en soit clairement fixé^[31]. A la question d'une possible adéquation entre démocratie et Islam, Ali Laaraydh répond en disant qu'« un Etat démocratique civil ne sépare pas la religion de l'Etat »^[32]. Cela veut dire selon toujours cette thèse que l'Etat civil (article 2) à référence religieuse (article 1) écarte l'Etat théocratique sans pour autant être laïc. De ce fait, il endosse l'idée de l'islamité, mais tout en se voulant être démocratique. Comme conséquence, la présence de ces deux articles révèle un conflit de normes prenant ses racines dans le fonds social lui-même, mais précise les caractères de l'Etat^[33]. Toutefois il n'y a pas

accord sur l'interprétation exacte des deux articles 1 et 2, alors que le front démocrate liait ce compromis à l'état d'esprit qui avait présidé à l'adoption de l'article 1^{er} de la constitution du 1^{er} juin 1959. Le leader du parti *Ennahda*, Rached Ghannouchi, affirmait au contraire que ce même article 1^{er} constituait une référence à la *chari'a* ne nécessitant pas sa mention explicite dans la constitution, et que la notion d'Etat « civil », devait simplement s'interpréter comme renvoyant à un Etat non-militaire où le peuple choisissait ses gouvernants. Autrement dit, la porte demeurerait ouverte à Etat religieux si une majorité de la population le décidait^[34]. Ici, un point de vue mérite d'être signalé^[35]. L'article 2 de la Constitution emploie une terminologie qui a été utilisée par le courant moderniste laïque dans le monde arabe (cela a commencé en Egypte tout d'abord). Ayant compris qu'il est encore trop tôt d'utiliser le terme « Etat laïque », Ces modernistes arabes préfèrent le qualificatif « Etat civil » qui remplit le même rôle, et mieux encore, n'a pas une résonance négative chez les masses musulmanes, dont on craignait les réactions. Ce fait démontre dans une certaine mesure la naïveté des islamistes démocrates prétendant que « l'Etat civil » s'oppose ici à l'«Etat militaire » ou « policier ». Car cette opposition n'a aucun fondement. Les Etats prétoriens ou policiers dans le monde arabe ont souvent été « civils » dans la plus pure logique de la sécularisation laïque, qu'elle soit dans un système libéral, autoritaire ou dictatorial. Le « civil » est donc ici synonyme d'«Etat sécularisé », si on ne veut pas utiliser le terme « laïc ». Mais ce sens, « civil », comme l'antonyme « religieux », est-il bien clair, bien marqué dans la constitution ?

Section 2- La protection des principes « laïques » constitutionnels intangibles

La nouvelle Constitution du 27 janvier 2014 emprunte à la tradition constitutionnelle classique une série de mesures destinées à limiter l'exercice du pouvoir de modification du texte constitutionnel. Elle établit plusieurs interdictions d'amender la

Constitution afin d'assurer la protection de certaines de ses dispositions essentielles^[36]. Mais, nous retiendrons seulement, les dispositions relatives à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle des principes intangibles ayant une relation avec le caractère séculier de l'Etat^[37], c'est à ce titre, que les principes constitutionnels intangibles ne peuvent faire l'objet d'une révision selon l'article 144 de la Constitution (A). Toutefois, les interdictions de révision des principes intangibles, sont-elles juridiquement et suffisamment protégées par la Constitution ? (B) Autrement dit, sont-elles contraignantes à l'égard du constituant ? Ou encore disposent-elles d'une force juridique obligatoire ?

A- Les interdictions de révision imposées au constituant

La Constitution tunisienne de 2014 appartient à la grande famille des constitutions rigides, c'est-à-dire, que la procédure de modification du texte constitutionnel est plus difficile à mettre en œuvre que la procédure législative ordinaire^[38]. C'est le titre VIII de la Constitution, intitulé « *De la révision de la Constitution* », composé de deux articles (art. 143 et art. 144), qui met en place la procédure à suivre pour la modifier. En effet, le constituant « originaire » a prévu dans l'article 143 que l'initiative de la révision de la Constitution revient conjointement au chef du pouvoir exécutif et au pouvoir législatif. Mais, l'initiative émanant du Président de la République bénéficie de la priorité d'examen. Toutefois, ledit constituant a inséré, dans l'article 144 de la nouvelle Constitutions des « clauses d'éternité » visant à interdire certaines modifications. Plusieurs interdictions matérielles de révision et une interdiction circonstancielle partielle figurent dans le texte.

Les interdictions matérielles sont classiquement celles qui prohibent en toute circonstance la révision de certaines dispositions constitutionnelles ou de certains principes consacrés par la norme suprême. Par exemple, l'article 89, alinéa 5, de la Constitution française de 1958 et l'article 139 de la Constitution

italienne de 1947 interdisent que la forme républicaine du gouvernement puisse faire l'objet d'une révision^[39]. Ainsi, l'article 75 de la Constitution tunisienne de 1959 prohibait toute modification qui « *porte atteinte à la forme républicaine de l'État* »^[40].

La Constitution du 27 janvier 2014 a, d'abord, interdit de réviser les deux premiers articles qui sont parmi les plus discutés au sein de l'Assemblée nationale constituante. Tant l'article premier, qui proclame que « *la Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime* » que l'article 2, qui affirme que « *la Tunisie est un État civil, basé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit* », s'achèvent par un alinéa disposant qu' « *il n'est pas permis d'amender cet article* ». Ce sont donc les principes fondateurs du nouveau régime postrévolutionnaire qui sont mis à l'abri de modifications ultérieures, de la même façon que l'article 79, alinéa 3, de la loi fondamentale allemande de 1949 prohibe toute modification qui toucherait, notamment, à la forme fédérale ou au caractère démocratique et social de l'Allemagne.

Ensuite, la nouvelle Constitution contient une clause prohibant toute révision qui compromettrait la garantie des droits et libertés fondamentaux, inspirée une fois encore de la « clause d'éternité » de la Constitution allemande, mais rédigée dans des termes qui évoquent davantage l'article 178 de la Constitution algérienne de 1996 « *toute révision constitutionnelle ne peut porter atteinte ... aux libertés fondamentales, aux droits de l'homme et du citoyen* », ou l'article 175 de la Constitution marocaine de 2011 « *aucune révision ne peut porter sur ... les acquis en matière de libertés et de droits fondamentaux inscrits dans la présente Constitution* ». L'article 49 de la Constitution tunisienne, qui conclut le titre II consacré aux « *droits et libertés* », s'achève par un alinéa aux termes duquel « *il n'est permis à aucun amendement de porter atteinte aux acquis des droits de l'Homme* ».

et de ses libertés garantis dans cette Constitution ». Sont ainsi visés, au minimum, les droits et libertés garantis par les vingt-huit articles du titre II, parmi lesquels figurent notamment le principe d'égalité (art. 21), le droit à la vie (art. 22), le principe de dignité de la personne et le droit à l'intégrité physique et morale (art. 23), le droit à la vie privée (art. 24), le droit à la présomption d'innocence (art. 29), les libertés de pensée et d'expression (art. 31), la liberté de la recherche scientifique (art. 33), le droit de grève (art. 36), le droit de propriété (art. 41), le droit à l'eau (art. 44), le droit à un environnement sain et équilibré (art. 45) et les droits acquis de la femme (art. 46). Il reste à savoir si des droits et libertés garantis par d'autres dispositions de la Constitution (par exemple, le principe du pluralisme proclamé par le préambule et le droit à un procès équitable affirmé par l'article 108) pourront également bénéficier de cette protection.

En marge des limites matérielles imposées au pouvoir de révision, la nouvelle Constitution établit une interdiction circonstancielle, c'est-à-dire, qu'elle empêche de réviser le texte constitutionnel, quelle que soit la disposition, dans certaines circonstances. Par exemple, l'article 7 de la Constitution française de 1958 exclut qu'il soit fait application de l'article 89 relatif à la révision durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président et l'élection de son successeur.

On retrouve une interdiction similaire au sein de la nouvelle Constitution tunisienne. L'article 86, alinéa premier, interdit au Président de la République par intérim, c'est-à-dire au Chef du gouvernement en cas de vacance provisoire de la Présidence ou au Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple, en cas de vacance définitive, « *de prendre l'initiative d'une révision de la Constitution* ». À la différence du cas français, la Constitution tunisienne interdit seulement au président intérimaire d'initier une procédure de révision. De prime abord, ni l'article 86, ni aucune

autre disposition constitutionnelle n'empêche qu'une révision soit déclenchée pendant l'intérim présidentiel par l'autre autorité investie du droit d'initiative en matière constitutionnelle ou qu'une procédure initiée par le Président élu soit poursuivie par son successeur intérimaire. Finalement, la nouvelle Constitution de la Tunisie postrévolutionnaire est riche en dispositions intangibles, dont certaines illustrent l'attachement du constituant aux valeurs fondatrices du nouveau régime. Comme l'histoire enseigne que les barrières juridiques sont peu de chose en l'absence de gardien, il importe maintenant d'évaluer le système mis en place par la norme suprême tunisienne pour garantir l'effectivité des interdictions de révision dans l'avenir.

B - Les contrôles de la révision par la Cour constitutionnelle

L'adoption de la révision suppose différentes étapes. D'abord, le Parlement examine l'initiative « *pour approbation à la majorité absolue du principe de révision* » (art. 144, al. 2). Ensuite, la révision ne peut être votée qu'à « *la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée des représentants du peuple* » (art. 144, al. 3). Toutefois, la procédure ne s'arrête pas nécessairement là. L'article 144, alinéa 3, donne la possibilité au Président de la République de soumettre la révision au référendum. Il s'agit d'une étape référendaire facultative et non alternative, à la différence du référendum prévu par l'article 89 de la Constitution française de 1958 ou de celui instauré aux articles 76 et 77 de l'ancienne Constitution tunisienne par la révision du 27 octobre 1997. Au sein de cette procédure, le constituant tunisien a habilité la nouvelle Cour constitutionnelle à contrôler l'exercice du pouvoir de révision. Ainsi, c'est le texte constitutionnel qui est la source de la compétence du juge constitutionnel. Plus précisément, deux dispositions prévoient l'intervention de la Cour pour statuer, selon des modalités différentes, sur les révisions constitutionnelles. La Haute juridiction constitutionnelle est compétente, d'une part,

pour donner son avis sur l'objet des révisions et, d'autre part, pour sanctionner la méconnaissance des règles de procédure.

L'article 144 de la nouvelle Constitution tunisienne met en place un contrôle de la révision par la Cour constitutionnelle qui intervient après le dépôt de l'initiative et avant l'examen par le Parlement aux fins d'approuver le principe de la révision. Son alinéa premier dispose que « *toute initiative de révision de la Constitution est soumise par le Président de l'assemblée des représentants du peuple à la Cour constitutionnelle pour avis afin de vérifier qu'elle ne concerne pas ce qu'il n'est pas permis d'amender dans cette constitution* ». Est donc ainsi prévue l'intervention du juge constitutionnel pour veiller au respect des interdictions de réviser.

Toutefois, ce contrôle présente une limite importante qui risque de compromettre l'effectivité des prohibitions établies par le Constituant tunisien. Certes, c'est un organe indépendant qui est chargé de veiller au respect des limites imposées au pouvoir de révision. Mais, de nombreux aspects du statut et des prérogatives de la nouvelle Cour restent en suspens, tant au niveau de son rôle général de gardien de la Constitution que des règles relatives à sa composition. En tout état de cause, elle représente pour la justice constitutionnelle tunisienne une avancée réelle par rapport à l'ancien Conseil constitutionnel, apparu en 1987 et resté, dans une large mesure, impuissant. En outre, le contrôle de l'initiative de la révision étant obligatoire, aucune initiative ne peut échapper à l'examen de la Cour constitutionnelle.

Cependant, la compétence de la Cour se borne à donner un avis qui, selon toute vraisemblance, ne sera pas contraignant pour le pouvoir de révision. En d'autres termes, seule la consultation de la Cour est obligatoire, le contenu de l'avis ne s'impose pas aux autorités politiques concernées. Le juge constitutionnel ne pourra donc pas faire échec à une initiative qui braverait, ostensiblement ou non, les interdictions de révision. Toutefois, un autre article de

la Constitution du 27 janvier 2014 laisse entrevoir la possibilité d'un contrôle renforcé de la part de la Cour constitutionnelle.

L'article 120 de la nouvelle Constitution tunisienne, dispose que « *la Cour constitutionnelle est exclusivement compétente en matière de contrôle de constitutionnalité ... des projets de lois constitutionnelles que lui soumet le président de l'Assemblée des Représentants du Peuple suivant les dispositions de l'article 144 ou afin de contrôler le respect des procédures de révision de la Constitution* ». Cette disposition distingue deux hypothèses pour le contrôle des lois de révision. D'une part, le contrôle exercé « *suivant les dispositions de l'article 144* » qui renvoie à la consultation systématique de la Cour au sujet de l'initiative de la révision. D'autre part, le contrôle du « *respect des procédures de révision de la Constitution* » qui évoque un examen de la régularité procédurale de celle-ci qui n'est mentionné nulle part ailleurs dans la Constitution. On dispose d'ailleurs de peu d'informations sur cette compétence supplémentaire dont les modalités d'application devront être complétées par une loi organique. Ne sont précisés par le texte constitutionnel ni le caractère obligatoire ou facultatif du contrôle, ni le moment de son intervention. Seule est connue pour l'instant l'autorité habilitée à saisir la Cour, à savoir uniquement le Président du Parlement, comme pour le contrôle prévu par l'article 144.

Même s'il est difficile de mesurer l'incidence de ce contrôle sur l'exercice du pouvoir de révision, on peut douter de sa capacité à imposer le respect des interdits constitutionnels. Certes, le contrôle prévu par l'article 120 ne se borne pas à une consultation de la Cour constitutionnelle. Cette dernière va rendre à son terme une décision qui, comme toutes ses décisions, « *s'imposent à tous les pouvoirs* » (art. 121, alinéa 2). Mais le champ des normes de référence du contrôle de la révision est limité aux règles procédurales, à l'instar du contrôle prévu par l'article 174 de la Constitution marocaine de 2011. Dès lors, à moins d'une interprétation audacieuse, la Cour constitutionnelle ne devrait pas

se juger compétente pour sanctionner une méconnaissance par le pouvoir de révision des interdictions de réviser. Et quand bien même le juge constitutionnel opérerait une telle interprétation, la restriction de la saisine de la Cour au seul Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple permet à l'un des leaders de la majorité parlementaire de faire échec à l'intervention du gardien de la Constitution. Les barrières juridiques érigées par le constituant tunisien à destination du pouvoir de révision apparaissent donc relativement fragiles. Seule une volonté politique et populaire forte sera en mesure de préserver le nouveau régime contre des évolutions contraires aux valeurs fondamentales que les représentants du Peuple tunisien ont choisi de graver dans le marbre constitutionnel.

PARTIE II : Une « laïcité » néanmoins inachevée

Si la laïcité est appréhendée comme étant la séparation des deux ordres religieux et politique, pourquoi ne le dit-on pas d'une manière explicite dans la nouvelle Constitution ? Pourquoi avons-nous encore peur de la mentionner clairement dans le nouveau texte constitutionnel ? Autrement dit, de la hisser au plus haut rang de l'agencement des normes juridiques, afin qu'elle devienne non seulement une disposition constitutionnelle contraignante, mais aussi un principe en vertu duquel se redresserait le difficile héritage politico-législatif arabo-musulman ? Mais la question de la séparation entre Etat et religion n'est pas aussi simple à trancher, elle demeure controversée en raison de la difficile adéquation entre le temporel et le spirituel dans la culture politique arabo-musulmane. (Section 1). En revanche, si les rédacteurs de la nouvelle Constitution ont admis le principe de la sécularisation juridique et le caractère civil de l'Etat ainsi que sa neutralité envers le religieux en même temps que la liberté de l'exercice du culte, peut-on dire que cela constitue une appréhension nouvelle de la laïcité ? Celle-ci peut-elle faire l'objet d'une conciliation avec la liberté religieuse ? Assure-t-elle vraiment la liberté religieuse et la liberté de

conscience ? Autrement dit, la nouvelle constitution reconnaît-elle complètement la laïcité ? (Section 2).

Section 1- Une séparation entre Etat et Religion controversée

La question de la laïcité en islam suscite constamment des réactions diverses et contradictoires au sein du milieu intellectuel entre modernistes et culturalistes. Les révolutions arabes ont apporté une diversification de la donne religieuse. Il s'agit là d'un changement de paradigme, le « *mouvement post islamique aspire à une société pieuse dans un Etat démocratique*^[41] ». De ce point de vue, nous donnerons dans un premier temps un aperçu historique des rapports entre politique et religion dans la culture et la pratique politique arabo-musulmane (A), ensuite nous essayerons d'examiner la possibilité d'une véritable sécularisation juridique et politique en Tunisie ?, en milieu musulman ? (B)

A - L'impérative association du temporel et du religieux dans la culture politico-juridique arabo-musulmane.

Il est nécessaire de rappeler, d'abord, que la séparation des deux ordres, religieux et politique, en Occident, qui constitue aujourd'hui la base de la laïcité à des origines lointaines. Elle remonte, en effet, à la naissance du christianisme, et particulièrement au message du Christ et aux interprétations des Pères de l'Eglise. Le christianisme établit, désormais, une rupture avec le judaïsme dans la mesure où elle se déclare pour une séparation du religieux et du politique^[42]. La création d'un clergé surtout donnait une sorte d'autonomie au « non-clergé » c'est-à-dire au laïcat, l'ensemble des chrétiens n'appartenant pas au clergé. A ses débuts il signifiait « chrétien non-clerc » et il finit par signifier « non religieux », d'où la laïcité.

Ensuite, le libéralisme occidental, et particulièrement en France, s'est nourri du système qui excluait les Eglises de l'exercice du pouvoir politique ou administratif, et en particulier de l'organisation de l'enseignement public. En libérant l'individu de la

tutelle de l'Eglise, tant au niveau de ses croyances qu'au niveau de ses opinions, l'attachement aux valeurs de la laïcité a sans doute permis la cristallisation des libertés, privées et politiques^[43]. La Révolution française qui, sous l'influence des « lumières », était hostile aux religions révélées, a promu un droit résolument laïc, neutre à l'égard des croyances religieuses^[44]. La séparation de l'Etat et de la religion s'est développée ainsi progressivement. La nationalisation des biens d'Eglise, la constitution civile du clergé, la mise en place d'une instruction publique gratuite, la suppression du service public religieux de l'état civil, l'institution du mariage civil, sont autant de signes d'un changement fondamental des rapports entre le monde temporel et spirituel^[45].

La laïcité signifie également la relativité des lois qui doivent changer au gré des circonstances et des époques, le renforcement de la culture scientifique et la libération de la religion des mains de l'Etat^[46]. Même si le principe de laïcité n'a pas fait l'objet de précision particulière, c'est, en fait, aux termes de la loi de 1905, considérée comme le texte fondateur de la laïcité, que ce principe se trouve affirmé dans toute son ampleur^[47]. Et même si cette notion n'a pas fait l'objet d'une définition précise de la part du constituant français au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958, c'est aux termes de l'article 1^{er}, que ce principe est consacré explicitement « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale....* »^[48]. Cela implique pour certains une dissociation radicale entre citoyenneté et appartenance religieuse, entre ce qui relève de la sphère publique et ce qui relève de la seule sphère privée^[49]. La laïcité est donc affirmée non seulement en tant que principe républicain considéré comme la source de règles juridiques, mais également consacrée en tant que principe d'organisation de la République. Néanmoins, la liberté religieuse est inscrite, en droit français, dans diverses dispositions constitutionnelles d'époque différente et de manière autonome par rapport au principe de la laïcité^[50].

La question de la « laïcité », dans la culture théologique et politique en islam, s'est posée de manière différente. Il est considéré dans la doctrine comme un ensemble interdépendant, lié l'un à l'autre, qui coiffe la vie des musulmans dans toutes ses facettes. Peu importe que les gouvernements musulmans s'éloignent ou se rapprochent du texte et de l'esprit des préceptes religieux. L'essentiel est que l'islam se distingue des autres monothéismes en ce qu'il n'est ni exclusivement une religion, ni encore une religion abstraite ou apolitique. Il est, d'ailleurs, religion et Etat. Il l'était surtout à sa naissance^[51]. C'est la raison pour laquelle toutes les tentatives de conciliation entre islam et la laïcité dans le monde arabo-musulman n'ont pas réellement abouti à asseoir ni une véritable démocratie ni un Etat de droit où le pouvoir se transmet sans heurt et violence politique. La séparation entre le spirituel et le temporel est embarrassante. Elle « n'est voulue réellement par personne », comme disait Hatem M'rad, « *parce qu'on cherche toujours à avoir ses marques par rapport à la religion* » que ce soit par les hommes au pouvoir, des traditionalistes ou également par les libéraux en raison d'opportunisme politique ou encore par manque d'audace. « *Le temporel est pris en otage par le religieux et la loi du groupe s'impose d'elle-même* »^[52].

Cela se traduit bien évidemment sur le dispositif des récentes codifications constitutionnelles que ce soit du Maroc (adoptée le 29 juillet 2011), d'Egypte (adoptée le 15 janvier 2014) ou de Tunisie (adoptée le 27 janvier 2014) bien qu'elle se démarque d'une avancée relative. L'article 3 de la constitution marocaine dit clairement que « L'Islam est la religion de l'Etat qui garantit le libre exercice de culte », ainsi l'article 41 dit que « Le Roi, *Amir Al Mouminine*, veille au respect de l'Islam. Il est le garant du libre exercice du culte ». Quant à la Constitution égyptienne notamment dans son article 2, il dispose que « L'islam est la religion de l'Etat et l'arabe sa langue officielle. Les principes de la *chari'a* islamique sont la source principale de la législation ». Quant à la Tunisie, c'est certainement la dimension religieuse,

notamment l'insistance sur la religion musulmane, qui suscite notre attention en lisant le préambule^[53] et le chapitre 1^{er} de la nouvelle Constitution. Il s'agit en effet d'un fait, d'une réalité qu'on n'a fait que consacrer constitutionnellement. Plus particulièrement, il s'agit d'une célébration symbolique de l'islam qui révèle de l'émotionnel et de l'appartenance culturelle, autrement dit, des considérations subjectives beaucoup plus que de la réalité juridique.

B - Essai sur une éventuelle hypothèse de « laïcité musulmane » dans la pensée politico-juridique moderne.

A ce propos, le discours moderne d'un certain nombre de penseurs arabo musulman, demeure un discours ambigu, voire précaire, en raison notamment de la complexité de la question de la démarcation du spirituel du temporel. Ils ont du mal à adopter, ainsi, une attitude audacieuse. Même ceux qui appellent à la laïcité ne le font qu'à moitié. Ils considèrent que les problèmes liés à la laïcité sont des questions particulières inhérentes à l'histoire de l'Europe chrétienne et particulièrement la France. Sans voir que le christianisme s'est accommodé de toute sorte d'Etat ou d'absence d'Etat, alors que l'islam a besoin de posséder un Etat à son service, ce sont les fameuses "obligations communautaires" (*fard kifaya*). Tout est dit quand on dit que l'Eglise est une Organisation non gouvernementale (ONG) et l'islam une Organisation gouvernementale (OG). A ce sujet, nombreuses thèses ont été mises en question de la part des uns et des autres. Le philosophe marocain Mohamed Abed Al-Jabri montre ainsi que l'islam est, certes, une religion et un mode de vie, mais il n'a jamais statué sur le régime de l'Etat. Ce qui lui permet d'ouvrir les pistes d'un renouveau démocratique de la raison politique en islam, invitant les musulmans à adopter la consultation, la *chûra*, en tant que principe directeur pour une organisation démocratique et rationnelle de la société, bâtie sur la libre pensée, le droit à la différence et la mise en œuvre de la raison critique^[54]. Par ailleurs, l'auteur rejette l'idée de la laïcité

en raison de la spécificité de l'expérience arabo-musulmane à propos de la question des rapports de la religion et de l'Etat. Néanmoins, il suggère une conciliation possible entre la culture musulmane et la modernité occidentale^[55].

Quant au penseur tunisien, Hichem Djait, bien que réputé moderniste, il n'a jamais été explicite sur cette question, et a bien du mal à franchir la ligne. Selon lui, « *L'islam doit rester religion d'Etat en ce sens que l'Etat lui offre reconnaissance historique, protection et garantie. Car l'Etat, fondamentalement, est conscient de l'histoire face aux forces de l'oubli. Il n'a donc pas à être un Etat laïc en ce sens qu'il se désintéresse du sort de la religion, ne la considérant comme affaire privée*^[56] ». Cette lecture, qui semblerait disposer d'un fondement historique, serait plutôt décevante, voire même trompeuse, à l'égard de ceux qui appellent à la rénovation de la pensée politique en islam. C'est ainsi que l'historien et le penseur Mohamed Talbi considère que la *chari'a* est une œuvre humaine et qu'il faut lutter contre elle par la critique, la rénovation de la pensée et la revendication des droits de l'homme et de la laïcité. L'auteur plaide pour un islam moderne et considère que l'islam est né laïc. (« Nulle contrainte en matière de religion » (2-256)). Dans une interview parue dans le magazine *Jeune Afrique*, l'auteur nous dit clairement que le « *Coran est le seul livre sacré qui dise cette phrase, si claire, si laïque. Chacun pratique la religion qu'il veut. L'Etat n'a pas à s'immiscer dans les affaires religieuses. Il a une seule fonction, c'est de créer une atmosphère de paix pour tous. Or qu'ont fait les Etats islamique ? Ils ont exercé la contrainte religieuse, et le Coran dit non aux Etats islamiques* ». Il ajoute à ce titre que « *L'islam est venu apporter la modernité et la rationalité. Le Coran, c'est l'appel à la raison, donc à la laïcité. Nous avons pour nous le Coran, les islamistes ont pour eux une chari'a de fabrication humaine. Nous avons un texte fondateur de l'islam, ils ont une série de commentaires rédigés au II^{ème} siècle de l'hégire (VIII^{ème} siècle ap. J.-C.). Jusque-là, les musulmans avaient vécu sans chari'a et s'en portaient très bien. Leur malheur a commencé*

à partir du moment où ils ont élaboré une loi islamique au profit de despotes désireux avant tout de commander et de pouvoir tuer légalement. La charia n'est rien d'autre que cela^[57] ».

La question a été également abordée par les contemporains^[58]. Ils sont unanimes sur la nécessité d'un pouvoir politique susceptible de gérer la vie temporelle de la communauté. Ils fondent alors leurs approches sur une vision objective du pouvoir et en particulier à partir d'une relecture du texte sacré. Ils admettent ainsi, que le Coran ne parle d'aucune forme de pouvoir politique ou d'organisation de la société politique. Dès lors, l'existence d'un gouvernement dans la société islamique serait une « nécessité impérative » et incontournable.

Section 2- Une liberté de conscience imprécise

Le contenu de l'article 6, nous conduit inévitablement à distinguer séparément deux notions fondamentales à savoir l'« Etat » d'une part (A), et la « Liberté » (B) d'autre part.

A - L'Etat et ses variantes selon les dispositions de l'article 6.

La notion d'« Etat » semble bien disposer, ici, d'une valeur juridique hiérarchiquement supérieure à celle de la notion de « Liberté ». Autrement dit, « Etat » et « Liberté » sont présentés comme étant deux notions liées par une relation à la fois de dépendance et de subordination^[59]. C'est parce que, aussi, la liberté est conditionnée, non seulement, par la volonté de l'Etat, mais également parce que celui-ci coiffe presque entièrement les libertés mentionnées dans le texte dudit article « L'Etat est le gardien de la religion. Il garantit la liberté de croyance, de conscience et le libre exercice des cultes ; il est le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane. L'Etat s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance, à protéger les sacrés et à interdire d'y porter atteinte, comme il s'engage à interdire les campagnes d'accusation d'apostasie et l'incitation de la haine et à

la violence. Il s'engage également à s'y opposer ». Si on lit bien, l'« Etat » devenait ici le principe tandis que la « liberté » constituait l'une de ses variantes. Ceci nous conduit bien évidemment à soulever, encore une fois le débat complexe et interminable, à la fois historique et actuel, entre juristes et sociologues à propos de la notion même d'Etat. Qu'est-ce que l'Etat ? Que disent les théories ?

L'Etat est une notion difficile à appréhender, car elle renvoie à la fois à une abstraction et à une organisation. Il existe plusieurs définitions de l'Etat : l'Etat comme pouvoir central, l'Etat comme synonyme des gouvernants en opposition aux gouvernés. Certes l'Etat a un sens équivoque. Il recouvre plusieurs sens et paradigmes selon l'approche que l'on veut privilégier, que ce soit géographique, sociologique, juridique, ou même politique. Le juriste Raymond Carré de Malberg définit l'Etat comme étant « un être de droit en qui se résume abstraitement la collectivité nationale, c'est-à-dire, une personne morale par opposition à une personne physique ». Alors que des sociologues, Comme Weber ou Duguit, ont contesté l'idée que l'Etat fut une construction juridique et n'y voyaient qu'un fait et non pas une construction de droit^[60]. Léon Duguit considère, quant à lui, que l'Etat est un pur produit de la force, un fait de domination dont le droit ne peut que constater l'existence mais en aucune façon le créer. Quant à Max Weber, l'Etat est un groupement politique et non pas une personne juridique.

Si l'on revient à l'article 6 de la nouvelle Constitution, l'Etat s'inscrit- il dans une perspective juridique positive de nature à garantir la liberté par le moyen de droit ? Ou relève-t-il plutôt d'une éventuelle intrigue politique politicienne circonstancielle de nature théocratique émanant de l'Assemblée nationale constituante à dominante islamiste, faisant dire, que l'Etat est l'expression de la volonté générale^[61] ? S'agit-il, autrement dit, d'un Etat de droit ou d'une théocratie^[62] ? Rappelons que la Constitution Française du 4 octobre 1958 parle dans son article 4

plutôt de la loi, c'est-à-dire, de la norme comme une garantie de la liberté^[63].

Ajoutant à cela que l'article 6 se situe au centre de la tension existant entre l'universalité des droits et la spécificité culturelle, laissant aux lecteurs en général et juristes en particulier le choix de nombreuses interprétations contradictoires. Comme dans la plupart des Constitutions arabes, on accorde d'une part la liberté de croyance et le libre exercice de culte, mais en revanche l'Etat demeure gardien de la religion^[64]. Le texte dudit article est insuffisant à ce niveau, car il ne traite pas les religions de façon égale. Il serait déplorable qu'on confiât à l'Etat la garde de « la » religion, et non de toutes « les » religions, ce qui assurerait sa neutralité et une véritable liberté de conscience et de religion.

B - La liberté de conscience selon l'article 6 : une notion « imprécise »

La liberté de conscience a été accueillie favorablement comme étant une «révolution intellectuelle^[65]». On l'a évoquée comme une question prioritaire de la constitution lors du débat au sein de l'assemblée nationale constituante. Mais, qu'entend-t-on d'abord par liberté de conscience ? Et quel sens porte-t-elle ?

En effet, la notion de liberté de conscience est particulièrement délicate à appréhender, en raison non seulement de son épaisseur sémantique, historique philosophique, juridique, politique et même géographique mais également de son imprécision qui s'ouvre à une large interprétation, il dévoile en réalité les tiraillements de la société elle-même. La liberté de conscience, a fait l'objet de multiples débats dans le monde musulman, alors qu'en Occident la question est réglée depuis longtemps. Elle entretient par ailleurs des liens étroits avec des notions voisines telles que la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté de culte et de tolérance, avec lesquelles elle a été parfois confondue^[66].

Voyons comment se dit cette liberté de conscience dans les pays occidentaux, là où l'on a d'abord pris conscience de son importance, avant d'examiner, dans un second temps, sa place dans le vocabulaire politique et juridique arabo musulmane, et particulièrement comment elle est devenue une question prioritaire dans la Constitution tunisienne. Si on admet que la liberté est le droit que possède l'homme d'agir selon son gré et non sous la pression d'une contrainte extérieure et que la conscience se définit comme le sentiment que l'homme a de lui-même ou de son existence, la liberté de conscience pourrait alors se définir comme la faculté laissée à chacun d'adopter librement la ou les doctrines religieuses ou philosophiques qu'il juge bonne(s), et d'agir en conséquence de ce choix. C'est cette acception qui a été retenue dans l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui affirme : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». En France, par exemple, la liberté de conscience fait partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui sont des principes dégagés par le Conseil constitutionnel et par le conseil d'Etat^[67]. Elle recouvre notamment le droit de ne pas être croyant, la liberté de culte si on l'est, le droit de changer de religion ou de conviction, l'objection de conscience et le droit à l'éducation en accord avec ses convictions religieuses et philosophiques.

La plupart des Constitutions européennes mentionnent, à la fois la liberté de conscience et la liberté religieuse ; l'Allemagne (art. 4), la Bulgarie (art. 37), la Pologne (art.53), l'Irlande (art. 44), le Portugal (art. 19 et 41), la Suisse (art. 27 et 49) la République tchèque (art. 15), la Roumanie (art. 29). Quelques-unes de ces Constitutions s'en tiennent à la seule liberté de conscience puisque la liberté religieuse y est implicitement incluse. Il s'agit

de la Croatie (art. 39), la Macédoine (art. 16), Malte (art. 33 et 44) et de la Suède (art. 1). La Constitution grecque allie les deux libertés, la liberté de conscience et la liberté de religion, en garantissant l'inviolabilité de « la liberté de conscience religieuse » (art. 13). Dans la Constitution bulgare, une telle inviolabilité a été élargie à l'athéisme en visant les « convictions religieuses ou athées » (art. 37)^[68].

La situation est assez différente dans le monde arabo musulman, c'est-à-dire, les pays ayant adopté l'Islam comme religion d'Etat^[69]. La liberté religieuse est proclamée par de nombreuses Constitutions, telles que celle de l'Egypte, le Maroc, l'Algérie, le Koweït, la Turquie, le Liban ou encore le Yémen^[70]. Chacun de ses pays pose des problèmes très spécifiques^[71]. Bornons-nous au cas tunisien.

Commençons par donner un bref aperçu historique de cette notion dans l'histoire juridique de la Tunisie. La revendication des nouvelles idées de liberté de justice et de droits fondamentaux trouve pour la première fois une formulation officielle dans le Pacte fondamental de 1857, *'ahd al-amân*, premier texte juridique à constituer une sorte de déclaration des droits de l'homme. Edicté par Muḥammed Bey, il commençait par un préambule rappelant les réformes déjà édictées par le souverain, et les mesures prises en Turquie. En onze principes, il proclamait la sécurité absolue des personnes et de leurs biens. Il étendait le bénéfice de ses dispositions à tous les sujets du bey et habitants de la Tunisie sans distinction de religion, de langue ou de couleur. Il garantissait l'égalité de tous devant la loi et l'impôt et, en particulier il assurait aux juifs l'exercice libre de leur croyance. La constitution de 1861, la première du genre dans le monde arabo musulman, *qanûn al-Dawla al-mabni 'alâ 'ahd al-amân*, est intéressante par son contenu idéologique dans la mesure où, elle adopte une attitude « laïque » par rapport à la place de l'islam dans l'Etat. Dans ce sens, la constitution « accorde à tous les habitants du pays la liberté de religion » et semble préconiser, sur

tous les plans, le principe de la séparation entre l'Etat et la religion. Elle n'exige même pas explicitement que le bey soit musulman. Les renvois à l'islam et à la *charî'a* se réduisent à quelques phrases dans l'introduction au texte proprement dit^[72]. La Constitution de 1861, s'inscrit donc dans une logique de séparation entre le temporel et le spirituel, la raison et le sacré. En inscrivant la Constitution tunisienne dans la voie de la « modernité » politique et la rationalité juridique, les rédacteurs du texte de la Constitution voulaient créer une situation irréversible. Ils voulaient rompre avec une situation de fait ayant pour seuls fondements la tradition historique et les principes religieux et décidaient de placer désormais les rapports entre le souverain et ses sujets sur la base du droit.

Après la colonisation et l'indépendance de la Tunisie, le texte de la Première Constitution adoptée le 1^{er} juin 1959, tend à reconnaître la liberté religieuse en proclamant la liberté de conscience et le libre exercice de cultes sous la seule réserve de ne pas troubler l'ordre public. Il s'agit de l'article 5 qui évoque clairement « les libertés fondamentales et les droits de la personne dans leur universalité, leur globalité, leur complémentarité et leur interdépendance ». Le débat sur la question de la liberté de conscience a été repris à nouveau dans les travaux préparatoires de l'ANC. Cette question a suscité de nombreuses polémiques et tensions parmi les constituants^[73], mais également dans le public. Le sujet a fait l'objet de nombreuses thèses, diverses opinions contradictoires se sont exprimées dans les journaux, les tribunes, les réseaux sociaux... La diversité idéologique et le tiraillement politique des élus^[74] et des citoyens n'ont pas simplifié la notion. Parmi les problèmes à soulever, l'approche juridico-théologique de l'islam a été souvent invoquée. Les polémistes ont cité les nombreux versets coraniques relatifs à la liberté religieuse^[75]. En se fondant sur ces versets, mais aussi sur les principes de la discipline complexe des *usûl al fiqh* (les fondement du droit musulman), les théologiens islamiques classiques se sont posé la question de savoir si la croyance relève de l'intime conviction, ou

si elle doit également s'exprimer par la profession de foi et s'extérioriser par les actes de dévotion^[76]. La plupart des écoles juridiques musulmanes, *madhahâb*, répondent que l'assentiment intime ne suffit pas. La croyance doit se manifester publiquement par la parole et les œuvres et ce (en employant le vocabulaire de ces juristes), « afin d'éprouver les vrais croyants et de les séparer des hypocrites et des impies ». Mais il existe aussi une divergence s'opposant à cette opinion majoritaire : elle considère que « la liberté de conscience », *Hurriyat ad-hamir*, est l'une des manifestations de la « liberté intérieure »^[77] et donc qu'à ce titre, elle n'implique pas de manifestation extérieure. Quoi qu'il en soit, la notion de la liberté de conscience est perçue aujourd'hui dans les pratiques démocratiques comme étant « une valeur constitutionnelle »^[78], selon l'expression du Professeur Dominique Rousseau. Elle s'est hissée également au rang d'une norme juridique dans le droit positif. C'est à ce titre que la convention européenne des droits de l'homme du premier novembre 1950 consacre explicitement ce principe dans l'article 9. De même le Pacte international relatif aux droits civiques et politiques du 16 décembre 1966 dans son article 18, considère que la liberté de conscience est « la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction » et le droit de les exercer « individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé ». C'est à ce niveau que le constituant tunisien s'est efforcé d'adopter une telle valeur dans l'article 6 de la nouvelle Constitution qui dispose que : « L'État garantit la liberté de conscience et de croyance ; le libre exercice du culte de toute instrumentalisation politique... ». Cet article figure parmi les dispositions du chapitre I consacré aux principes généraux et non pas dans le chapitre II dédié aux droits et libertés. En réalité, il n'est pas étonnant, en raison de l'histoire récente de la Tunisie, que ce principe soit qualifié de principe général de la République. La nouvelle Constitution tunisienne est ainsi considérée comme la première du monde arabe à reconnaître la liberté de conscience dans un de ses articles.

La première conséquence à souligner dudit article est l'idée de neutralité de l'Etat à l'égard de la religion, c'est-à-dire, que celui-ci doit se montrer non seulement courtois vis-à-vis de toutes les formes de pensée, d'idéologie ou de religion mais surtout ne pas afficher sa préférence pour une quelconque doctrine religieuse. Cependant la question qui se pose, sous cet angle, peut être formulée comme suit : Est-ce-que la neutralité de l'Etat en matière de religion et de croyance implique-t-elle nécessairement la protection du droit de l'individu de choisir sa religion ? Autrement dit, l'individu bénéficie-t-il dans le cadre de la neutralité de l'Etat, du droit de croire ou de ne pas croire ? La sécularisation de l'Etat, la modernité juridique et politique, la normativité constitutionnelle, l'effectivité de la justice constitutionnelle, le maintien de l'équilibre des pouvoirs publics et la protection des droits et libertés sont des atouts qui peuvent se révéler majeurs en nous livrant des réponses sur ces questions de grande importance et notamment l'avenir démocratique de la Tunisie.

[1] Publication à paraître dans les mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Salah BEN AISSA.

[2] La Constitution tunisienne a été adoptée le 27 janvier 2014 dans sa version originale en langue arabe. Elle se divise en un préambule et dix titres, composés de cent quarante-neuf articles.

[3] La plus importante modification est celle du 8 avril 1976 qui reconnaît au Premier ministre et au gouvernement des prérogatives spécifiques. Vient ensuite la révision du 25 juillet 1988 qui limite le nombre de mandats présidentiels. Cette limitation s'accompagne d'une aggravation de la concentration des pouvoirs entre les mains du président de la République tout en supprimant les contre-pouvoirs indispensables à toute démocratie. Le 1^{er} juin 2002, suite au premier référendum de l'histoire du pays tenu le 26 mai de la même année, la réforme supprime entre autre la limite du nombre de mandats présidentiels.

[4] Amendement de 1976 ; aménagement constitutionnel pour une présidence à vie de l'ancien président Bourguiba ; révision constitutionnelle de l'année 2002 qui a rétréci la participation de l'opposition au pouvoir ; mainmise du chef de l'Etat sur l'ensemble de la vie politique.

[5] Parmi les nombreuses révoltes, voici les plus importantes : L'appel à la grève générale en date du 26 janvier 1978 lancé par l'UGTT pour défendre les libertés en général et son dirigeant en particulier qui venait de démissionner avec fracas du bureau politique du parti au pouvoir sera le point d'orgue de cette mobilisation démocratique. Mais c'est par une répression féroce que le pouvoir répondit à cette espérance démocratique ; la révolte du pain du 3 janvier 1984 après de l'annonce de la fin des subventions aux produits alimentaires. Elle a démarré au début de l'année dans le Sud puis s'est étendu au reste du pays. Elle connut son apogée le 3 janvier avec d'importantes manifestations à Tunis ; enfin la Révolution du 14 de janvier 2011 qui a mis fin à la dictature de Ben Ali et a surtout ouvert la voie à un vent de liberté dans le monde arabe, in Hakim BEN HAMMOUDA, Leaders, 18 février 2014.

[6] La montée en puissance des islamistes en 1981 est à souligner avec la revendication de la création d'un régime de fondement islamique.

[7] Sit-in du Bardo en août 2013. Suite à l'assassinat du député Mohamed Brahmi, une forte mobilisation populaire s'est manifestée en revendiquant le départ des islamistes au pouvoir et leurs alliés de la troïka, celle-ci a engendrée la démission d'un certain nombre de député de l'ANC et la suspension de ses travaux par son président Mustapha Ben Jaafar.

[8] Parti, *Ennahda*, connu sous l'ancienne appellation, Mouvement de Tendance Islamique (MTI), parti devenu légal après la révolution du 14 janvier 2011.

[9] Hamadi REDISSI, « La Constitution tunisienne de 2014. Raison publique et laïcité islamique », *Esprit*, 02 juillet 2014, disponible en ligne à l'adresse www.esprit.presse.fr.

[10] Voir l'article 1^{er} de la charte citoyenne issue de l'initiative citoyenne par un groupe d'intellectuelle notamment Abdelahamid Largueche, Hatem Zeghal et Farhat Horchani, in la société civile tunisienne en action organisé par le Forum de Tunis pour la Démocratie et la Culture les 21,22 Juillet 2011.

[11] Premières élections libres et transparentes au suffrage universel de l'Assemblée nationale constituante organisées en Tunisie, soit neuf mois après la Révolution du 14 janvier 2011. V. Hatem M'RAD, « Analyse des résultats des élections du 23 octobre de la constituante », les II^{èmes} conférences de l'ATEP, *L'élection de l'Assemblée constituante : lectures politiques*, FSJPS, Novembre 2011, p.7.

[12] Voir l'article de Hamadi REDISSI, « Le post islamisme : vers la banalisation de l'islam politique ? », les IV^{èmes} conférences de l'ATEP, *Les islamistes et la conquête démocratique du pouvoir*, Décembre 2012, p.p. 11-21.

[13] V. Stéphane RIALS, « Supra constitutionnalité et systématique du droit », Archives de philosophie du droit, 1986, t.31, pp. 58-59 ; Georges VEDEL, « Souveraineté et supra constitutionnalité », Pouvoirs-67, 1993, pp. 80-81.

[14] V. l'étude de Sadok BELAID, « Commentaire de l'article 1^{er} », in *Commentaire de la Constitution article par article*, Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 1999, pp.9-10.

[15] V. les débats de l'Assemblée nationale constituante du 8 avril 1956 au 1^{er} juin 1959, T.I., 8 avril 1956-21 juin 1957, Centre de Recherche et d'Etude Parlementaire, 2009, p.14.

[16] Sadok BELAID, l'art 1^{er}, « La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'islam », en arabe, in *Les dispositions générales de la Constitution*, Actes du colloque de commémoration du cinquantième de la promulgation de la constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959, Tunis 23-24 janvier 2009, Tunis, 2010, p.35.

[17] Sadok BELAID, l'art 1^{er}, « La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'islam », en arabe, op.cit., p.36.

[18] Sadok BELAID, « Commentaire de l'article 1^{er} », op.cit., p.p.9-10.

[19] Yadh BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi*, C.E.R.E.S, 1994, p.259.

[20] Hamadi REDISSI, « La Constitution tunisienne de 2014. Raison publique et laïcité islamique » op.cit.

[21] L'idée du *tawâfuq* est apparue après la Révolution dans l'article 4 du décret-loi numéro 6 du 18 février 2011 relatif à la Haute Instance de la Révolution. Puis, il a fait son chemin au sein même de l'Assemblée nationale constituante, pour éviter la règle du vote de la constitution à la majorité des deux tiers et un éventuel recours très risqué au referendum pour adopter la Constitution, in Blog de Yadh BEN ACHOUR, « La force du droit ou la naissance d'une constitution en temps de la révolution », 25 janvier, 2015.

[22] Le mot « civilité », ici, n'est qu'une traduction de l'arabe «*al-madaniyya* ».

[23] La mention du qualificatif « civilité » de l'Etat apparaît dans diverses dispositions : dans le préambule, l'article 2 et l'article 49.

[24] V. l'étude consacrée à la notion de supra-constitutionnalité de la République dans la Constitution de 1959, in Naoufel SAIED, « La République dans la Constitution tunisienne », F.S.J.P.S de Tunis (Tunis II), juin 1992, pp. 24-34.

[25] VEDEL, « Souveraineté et supra constitutionnalité », op.cit., p.79.

[26] V. les paragraphes 3 et 4 : « ...Exprimant l'attachement de notre peuple aux enseignements de l'Islam... » « ...Œuvrant pour un régime républicain démocratique et participatif dans le cadre d'un Etat civil et gouverné par le droit et dans lequel la souveraineté appartient au peuple... »

[27] Muhammed Abduh, penseur et réformateur égyptien, (1849-1905), son activité intellectuelle est intense, il s'est consacré, comme disait Anouar Abdelmalek, à « l'œuvre d'élaboration théorique des principes du fondamentalisme islamique et de la renaissance spirituelle du monde arabe : le retour aux sources joint à l'exercice du bon sens doit permettre de concilier l'Islam et le monde moderne » in Ridha BEN HAMMED, *Histoire des idées politiques depuis le XIX^{ème} siècle ; Occident monde Arabe musulman*, C.P.U, 2010, pp.88-89.

[28] Tariq RAMADAN, *L'islam et le réveil arabe*, Paris, Presse du Châtelet, 2011, pp. 165-169.

[29] Ridha BEN HAMMED, op.cit, p.97.

[30] Les principaux acteurs réformistes du XIX^{ème} siècle sont Jamel Eddine Al-Afghani, Muhammed Abduh, Kkayrddine Pacha.

[31] Dominique Avon, "Les Frères Musulmans et l'« Etat civil démocratique à référence démocratique »", Les Cahiers de l'Orient, n°108, Hiver 2012, p. 90, in Hammadi REDISSI, op.cit., p. 22.

[32] Ali Laarayedh, Interview, Al-Maghreb, 02-09-2011.

[33] V. la constitution comme pluralité de lois particulières, in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, pp. 141-150.

[34] Sélim BEN ABDESSELEM, *La Constitution tunisienne ; les dix points clefs*, Observatoire des Mutations Politiques dans le Monde Arabe, IRIS, février 2014, p.p. 7-8.

[35] Assam AIT YAHYA, « Critique islamique de la Constitution tunisienne laïque », alterinfo.net, 15 Février 2014.

[36] Charles-Edouard SENAC, « Les limites au pouvoir de révision de la nouvelle Constitution tunisienne », Revue générale du droit on line, 2014, numéro 14739 (www.revuegeneraledudroit.eu), p.22.

[37] Titre premier. Des principes généraux : Article premier - La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime. Il n'est pas permis d'amender cet article ; Article 2 - La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. Il n'est pas permis d'amender cet article. Titre II. Des droits et

des libertés : Article 49 (alinéa 2) - Il n'est permis à aucun amendement de porter atteinte aux acquis des droits de l'Homme et de ses libertés garantis dans cette Constitution.

[38] Charles-Edouard SENAC, « Les limites au pouvoir de révision de la nouvelle Constitution tunisienne », *op.cit.*, p. 23.

[39] François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, *La constitution de la République française, Analyse et commentaires*, 3^{ème} édition, Economica, 2009, pp. 2007-2008 ; Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFD adm.* 14 (5) sept.-oct. 1998, pp. 910-913.

[40] V. Naoufel SAIED, « La République dans la Constitution tunisienne », *op.cit.*

[41] Asef Bayet, « The post islamic revolutions », in *Foreing Affairs*, April 2011, in Hammadi REDISSI, « Le post islamisme ; Vers la banalisation de l'Islam politique ? », *op.cit.*, p.11.

[42] Hatem M'RAD, *Libéralisme et liberté dans le monde arabo-musulman ; de l'autoritarisme à la révolution*, Editions Nirvana, Janvier 2012, pp. 27-28.

[43] Philippe RAYMOND, *Trois révolutions de la liberté ; Angleterre, Amérique, France*, PUF, 2009, pp.208-287.

[44] La constituante a proclamé, ainsi, la liberté religieuse : la liberté de conscience dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, puis la liberté de culte dans la constitution de 1791. La législation révolutionnaire française a également achevé la sécularisation de l'état civil et du mariage, la loi des 20-25 septembre 1792 a sécularisé l'état civil et a imposé à tous, sans égard pour les convictions religieuses, un mariage totalement désacralisé, in Jean-Louis THIREAU, *Introduction historique au droit*, 3^{ème} édition, Flammarion, Paris, 2009, pp. 286-287.

[45] Eric SALES, « Le conseil constitutionnel et la laïcité » in *La laïcité en France et en Turquie : Regards croisés*, Journée d'étude du 5 mars 2010, Université Montpellier 1 et Université Galatasaray, p.44.

[46] La mention du qualificatif « laïcité » a été prise en compte dans les constitutions françaises de 1946 et 1958 dont la rédaction est scrupuleusement identique « *Nul ne peut être inquiété en raison de ses origines...la liberté de conscience et des cultes est garantie par la neutralité de l'Etat à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes...ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement public* », ce qui illustre la continuité de ces deux textes, in Michel VERPAUX, « Liberté religieuse et Etat Laïque », *Constitution et Religion*, table Ronde-Athènes, 22-26 Mai, Bruylant, 2002, p.8.

[47] La laïcité en France tire sa légitimité de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, publiée au Journal officiel du 11 décembre 1905. Ce texte se caractérise par un double refus : refus de reconnaître, refus de subventionner en faisant référence à son article 2 qui indique que « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* » in Eric SALES, « Le conseil constitutionnel et la laïcité », op.cit., p.46.

[48] Eric SALES, « Le conseil constitutionnel et la laïcité », op.cit., p.47.

[49] François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, *La Constitution de la République française, Analyse et commentaires*, op.cit., pp. 139-141.

[50] Michel VERPEAUX, op.cit., p.10.

[51] Hatem M'RAD, op.cit. p. 37.

[52] Ibid., p.47.

[53] Le préambule commence par « *Au nom de Dieu Clément et Miséricordieux* », le 3^{ème} paragraphe exprime « *l'attachement de notre peuple aux enseignements de l'islam* » sans citer les tunisiens de confession juive et chrétienne et la fin de son dispositif dit « *...par la grâce de Dieu...* ».

[54] Mohamed Abed Al-JABERI, *La raison politique en islam ; hier et aujourd'hui*, Edition la découverte, 2007, p. 336

[55] Mohamed Abed Al-JABERI, *Al-dine wa al-dawla wa tatbik al chari 'a*, en arabe, Beyrouth, Centre des études de l'unité arabe, 1996, in Hatem M'RAD, op.cit., p.42.

[56] Hichem DJAÏT, *La personnalité et le devenir arabo-musulman*, Paris, 1974, Amel Editions, Tunis, 2007, p.198, in Hatem M'RAD, op.cit., p.41.

[57] Mohamed TALBI, interview parue dans « *jeune Afrique* », n°2793, 20-27 juillet 2014.

[58] V. Alî Abderrâzeq auteur de « *L'Islam et le fondement du pouvoir* », A. Sanhoury « *Le califat* », Y. Ben Achour « *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale* », S. Belaïd « *Islam et droit* », Hamadi Redissi « *Le Prophète, le roi et le savant* », B. Tili « *Note sur la notion d'Etat dans la pensée de Ibn Abî Dhîyaf* ».

[59] V. Michel VERPEAUX, « *Liberté Religieuse et Etat Laïque* », in *Constitution et Religion*, table ronde, Athènes, 22-26 Mai 2002, pp. 4-8.

[60] Weber pour l'Allemagne et Duguit pour la France.

[61] L'Assemblée Nationale Constituante, issue des élections du 23 octobre 2011, est composée par une majorité influente du parti islamiste d'*Ennahda*.

[62] V. C. DURAND-PRINBORGNE, *La laïcité*, Connaissance du droit, Dalloz, 1996, p. 25

[63] L'article 4 de la constitution française du 04 octobre 1958 dans son dernier paragraphe mentionne que «la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

[64] V. Les articles 3 et 41 de la Constitution Marocaine adoptée le 29 juillet 2011 « L'Islam est la religion de l'Etat qui garantit le libre exercice du culte », « Le Roi, *Amir Al Mouminine*, veille au respect de l'Islam. Il est le garant du libre exercice du culte ». V. La constitution Egyptienne adoptée le 15 Janvier 2014 notamment les articles 2 et 3 « L'Islam est la religion de l'État et l'arabe sa langue officielle. Les principes de la *chari'a* islamique sont la source principale de la législation », « Les principes des lois religieuses des Égyptiens chrétiens et juifs sont la principale source des législations qui régissent leur statut personnel, leurs affaires religieuses et le choix de leurs dirigeants spirituels ».

[65] Rafea et Sana BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 92, 2012, p.715.

[66] Hervé BLEUCHOT, « Etat et Religions : le système antique » in "France-Maghreb : le défi de la pluralité culturelle" (codirection avec F.P. Blanc), *Revue Franco-maghrébine de droit*, n°15, 2007, p. 28.

[67] Louis FAVOREU, « Introduction générale ; justice constitutionnelle et droits fondamentaux », in *justice constitutionnelle et droits fondamentaux*, 7-13 juillet 1989, in XXVII^{ème} table ronde internationale, juges constitutionnels et parlements, CNRS, Aix-en-Provence, 9-10 septembre 2011, p.11.

[68] Ibrahim ÖZDEN KABÖGLÜ, « Liberté Religieuse et Principe Démocratique », in *Constitution et Religion*, Table Ronde, Athènes, 22-26 Mai, 2002, Editions Ant. N. Sakkoulas-Buyant, 2003, pp. 42-45.

[69] V. l'article 3 de la Constitution Marocaine adoptée le 29 juillet 2011 « L'Islam est la religion de l'Etat qui garantit le libre exercice de cule ». V. La Constitution Egyptienne adoptée le 15 Janvier 2014 notamment l'article 2 « L'Islam est la religion de l'État et l'arabe sa langue officielle. Les principes de la *chari'a* islamique sont la source principale de la législation ».

[70] Ibrahim ÖZDEN KABÖGLÜ, *op.cit.*, p. 45.

[71] V. Mounir KCHAOU, « Remarques sur le débat autour de la liberté de conscience » in *Démocratie, Religion et Liberté*, Les Cahiers de l'Observatoire Tunisien de la Transition Démocratique, Diwen Editions, Tunis 2014, pp.52-53.

[72] Sana DEROUICHE-BEN ACHOUR, *Aux sources du droit tunisien...*, op. cit. p. 118.

[73] Lors du débat et du vote final de la Constitution, un incident survenu le 5 janvier 2014, entre un député de l'extrême gauche, Monji Rahoui et un député islamo conservateur, Habib Ellouze qui avait accusé ce dernier d'être un ennemi de l'Islam, fut à l'origine de la condamnation du *takfir*, c'est-à-dire, accusation d'apostasie dans l'article 6 de la constitution, in Blog de Yadh BEN ACHOUR, « La force du droit ou la naissance d'une constitution en temps de la révolution », op.cit.

[74] La notion de « liberté de conscience » n'a pas été admise dans le projet constitutionnel original.

[75] V. les versets suivants du Coran: « Nulle contrainte en matière de religion » (2-256), « La vérité provient de votre seigneur ; celui qui veut être croyant, qu'il le soit et celui qui veut être incroyant qu'il le soit » (18-29) ; « Si Dieu l'avait voulu, il aurait fait des humains une seule communauté » (11-18, 5-48, 16-93) ; « Vous avez votre religion et moi j'ai la mienne » (109-6).

[76] Hervé BLEUCHOT, « Etat et Religions : le système antique », op.cit., p.5.

[77] Il faut attendre l'année 1877 pour que le dictionnaire du libanais maronite converti au protestantisme Boutros al-Bustani définisse «la liberté de conscience», *Hurriyat adhamir*, comme étant l'une des manifestations de la «liberté intérieure », in Dominique AVON, « Les Frères Musulmans et l'Etat civil démocratique à référence démocratique », Les Cahiers de l'Orient, n°108, Hiver 2012, p. 90, in Hammadi REDISSI, « La Constitution tunisienne de 2014. Raison publique et laïcité islamique » op.cit.

[78] Dominique ROUSSEAU, « valeurs constitutionnelles et culture humaniste », *lavedesidees.fr*, septembre 2008, pp. 1-5.



"La réforme constitutionnelle russe et le cadeau du tsar : on n'est jamais mieux servi que par soi-même", Gohar GALUSTIAN, Doctorante, CERCOP, 2/05/2021.

N.B. Toutes les références en langue russe ont été librement traduites par l'auteure.

Le 5 avril 2021, le Président Poutine signait la loi fédérale n° 89 venant concrétiser la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle adoptée l'année passée, et plus particulièrement l'application des articles modifiés 81.3 et 81.31 de la Constitution russe. Comparable à une loi organique dans le système français, la « Loi fédérale sur l'introduction de modifications dans différents actes législatifs » se concentre sur plusieurs aspects des scrutins nationaux, dont celui donnant mandat présidentiel. Cette loi est donc l'occasion de revenir sur la révision constitutionnelle de 2020.

Noyée au sein de la réforme constitutionnelle^[1] parmi plusieurs dispositions qui concernaient pêle-mêle la foi en Dieu, le mariage homosexuel ou encore l'indexation des retraites, la proposition de réviser le régime du mandat présidentiel a été très peu commentée par la classe politique dirigeante alors qu'elle a été fortement décriée par la doctrine juridique et l'intelligentsia russes^[2]. La disposition prévoyant de ne plus prendre en compte le caractère « consécutif » des mandats dans l'interdiction de leur cumul ne figurait pas dans le projet initial de la réforme^[3], déposé devant le bureau de la Douma d'Etat par le Président de la Fédération russe, en janvier 2020. Elle a été proposée en revanche, lors du débat parlementaire du 10 mars 2020, par une députée de la *Russie Unie*, Valentina Terechkova^[4], connue surtout pour avoir été la première cosmonaute femme au monde. « Tombé du ciel », cet amendement avait en apparence tout le

mérite d'éviter la manœuvre politique que la Russie a déjà connue par le passé permettant au président ayant exercé deux mandats de « céder » sa place à un autre candidat, puis de se présenter à nouveau au poste de chef d'Etat et de braver ainsi indirectement l'interdiction du cumul des mandats en anéantissant par la même occasion une possible alternance politique. Pourtant, la nuance subtile mais très importante se trouve dans un autre détail : l'interdiction du cumul des mandats telle qu'elle résulte de la réforme constitutionnelle de 2020 n'a pas d'effet rétroactif et ne prend pas en compte les mandats déjà exercés. Cette remise à zéro des compteurs présidentiels – procédé précédemment observé dans plusieurs Etats africains[5] - conduit désormais, dans le cadre conjoncturel de la Russie, à ce que Vladimir Poutine, qui a déjà exercé quatre mandats présidentiels depuis l'an 2000, avec une brève parenthèse de 2008 à 2012, pourra se représenter au poste de Chef d'Etat encore deux fois et rester *in fine* au pouvoir, dans le cas fortement probable de sa réélection, jusqu'au 2036, soit jusqu'à ses 84 ans.

C'est ainsi que par un procédé parfaitement juridique, se trouve constitutionnalisée une présidence, si ce n'est à vie, au moins pendant une durée de 36 ans ! Une telle constitutionnalisation suggère deux observations.

Premièrement, la loi constitutionnelle portant sur le cumul des mandats fait partie d'un ensemble de dispositions prises « sur mesure » pour pérenniser Vladimir Poutine au pouvoir et lui assurer une protection après son éventuel départ. En effet, outre la question du cumul des mandats, la révision constitutionnelle de 2020 encadre strictement les conditions d'éligibilité au poste de Chef d'Etat, ce qui *de facto* réduit fortement la possibilité de voir émerger un candidat crédible d'opposition. De plus, la loi fédérale n°462 du 22 décembre 2020 constitutionnalise l'immunité pénale des anciens chefs d'Etat qui figurait jusqu'ici dans le décret n° 1763 signé par Vladimir Poutine, en qualité de Président par intérim, le 31 décembre 1999. Enfin, est désormais

constitutionnellement garantie aux anciens présidents la place de sénateur à vie même s'ils gardent la possibilité de la refuser. Rappelons aussi que la révision constitutionnelle du 30 décembre 2008 avait modifié la durée du mandat présidentiel en la prolongeant de quatre à six ans, alors que la tendance dans les Etats démocratiques s'inscrit davantage dans le sens d'une réduction de la durée des mandats.

Deuxièmement, la loi constitutionnelle a été adoptée dans une apparence démocratique dont la réalité demeure fortement critiquable. En effet, a été offerte aux Russes la possibilité de se prononcer sur la réforme envisagée dans le cadre d'un « vote général » - *общероссийское голосование*. Or, à défaut de relever d'un « référendum » - *референдум* - ou d'un « vote populaire » - *всенародное голосование* - seuls prévus par la norme suprême, ce procédé était méconnu du droit russe avant que la loi constitutionnelle du 14 mars 2020 ne le crée dans son article 3. Mais aussi, malgré l'importance que les pouvoirs publics ont semblé lui accorder, le vote - étant d'effet purement consultatif - n'avait dès lors aucune valeur juridique. Par ailleurs et non sans ironie, le vote qui fut décalé de deux mois en raison de la pandémie COVID19, n'a pas empêché que la diffusion de la nouvelle édition de la Constitution - qui paraît d'ordinaire au début de l'été avant la rentrée universitaire - ait précédé le jour du scrutin. En effet, dès juin 2020, il était possible de se procurer dans les librairies juridiques la Constitution dans sa nouvelle version en même temps que les électeurs s'exprimaient précisément sur celle-ci dans le cadre du « vote général »^[6]. Quant à ce dernier plus précisément, sa légalité est fortement discutable. Il était en effet soumis aux Russes un vote en bloc de 46 amendements sans lien matériel entre eux^[7], alors que la loi du 4 mars 1998 (n°33-FZ) l'interdit précisément ; de plus les conditions d'organisation du scrutin ont été fortement décriées par plusieurs observateurs indépendants^[8]. Sa durée particulièrement longue - une semaine - censée permettre une meilleure participation, rendait aussi et surtout plus difficile le

contrôle de son déroulement, sans évoquer les cadeaux offerts à la sortie des urnes, les sommes versées aux familles avec des enfants en bas âge ainsi que les loteries organisées dans les bureaux de vote...

Ce que le tsar veut, le tsar l'obtient, y compris par le droit.

[1] Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. N 1-ФКЗ « О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти » [La Loi fédérale N1-FKZ révisant la Constitution russe et portant « Amélioration de la réglementation de certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics » du 14 mars 2020].

[2] Обращение против Конституционный кризис и антиконституционный переворот [L'appel contre la crise constitutionnelle et la réforme anticonstitutionnelle], signé par 357 personnalités, est disponible sur le site de « Echo de Moscou », une radio d'opposition.

<https://echo.msk.ru/blog/echomsk/2606224-echo/>

[3] Законопроект № 885214-7, « О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти » [Projet de loi constitutionnelle n° 885214-7 portant « Amélioration de la réglementation de certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics »], 20 janvier 2020.

[4] Est disponible en ligne la prise de parole de la députée sur ce point, lors des débats parlementaires : « Терешкова предложила обнулить президентские сроки Путина - Россия 24 » [Tereshkova propose d'annuler les mandats présidentiels de Poutine].

<https://www.youtube.com/watch?v=xQdVgnLz-4s>

[5] K. A. HARKNESS, « Military Loyalty and the Failure of Democratization in Africa: How Ethnic Armies Shape the Capacity of Presidents to Defy Term Limits », *Democratization*, volume 24, 2017, p. 801-818.

[6] E. EFIMOVA et N. GALIMOVA, « В магазинах появилась Конституция с вынесенными на голосование поправками » [« La Constitution avec les modifications proposées au vote fait son apparition dans les librairies »], *RBC*, 16 juin 2020.

https://www.rbc.ru/technology_and_media/16/06/2020/5ee794b79a79471cf17717ed

[7] Interrogée à ce sujet, la Présidente de la Commission centrale du vote E. PAMFILOVA explique le choix du vote « en paquet » en faisant recours à la

métaphore d'un menu de déjeuner : « *Хорошо, вам не нравится винегрет, но вам нравятся борщ или котлеты. Вы тогда для себя решите: нет, откажусь от всего обеда, потому что мне винегрет не нравится, или я все-таки возьму — винегрет не съем, мне ни холодно, ни жарко, а борщ и котлеты будут при мне ?* » [Supposons que vous n'aimez pas la salade « vinaigrette » servie en entrée, mais vous appréciez le bortsch ou le steak proposés en plat. Vous refuseriez alors tout le menu parce que vous ne voulez pas de la salade ou l'accepteriez, en vous disant qu'à défaut de manger l'entrée vous aurez au moins le plat que vous vouliez ?]. Interview publiée sur le site RBC, le 5 mars 2020. « *Памфилова объяснила пакетное голосование по Конституции на примере обеда* » [Madame Pamfilova explique le vote en paquet sur l'exemple d'un déjeuner]. <https://www.rbc.ru/rbcfreenews/5e60d1f09a794733914eed82>

[8] Par exemple, le mouvement citoyen « *Голос* » [« La Voix »] a déclaré avoir constaté plusieurs cas d'illégalité « flagrante » de la loi électorale. Voir notamment, O. DEMIDOVA, « *Движение "Голос" заявило о демонстративном нарушении закона на выборах в РФ* » [Le mouvement "La Voix" déclare le non-respect flagrant de la loi électorale], *DW Com*, 13 septembre 2020.



"Actualité démocratique au Bénin et au Tchad", Yann GBOHIGNON DOUÉ et Hodabalo TCHILABALO, doctorants au CERCOP, 11/05/2021.

Le 11 avril dernier se sont tenues les élections présidentielles au Bénin et au Tchad. Concordance de calendrier mais aussi concordance de résultats dans la mesure où ces deux États, qui ont suivi une trajectoire démocratique totalement opposée, se retrouvent à côtoyer les bas-fonds de l'idéal démocratique. D'une part le Bénin, exemple d'une démocratie constitutionnelle stable, enregistre un recul significatif ; d'autre part le Tchad, contre-modèle démocratique dont la mort récente du Président Idriss Déby a remis au goût du jour des réflexes archaïques d'une démocratie balbutiante.

Des modèles très différents de culture démocratique

Longtemps considéré comme « *l'enfant malade de l'Afrique* » en raison de son instabilité politique chronique, le Bénin a, depuis la brillante expérience de la Conférence Nationale des Forces Vives de la Nation (CNFVN), connu une période encourageante de progrès et de stabilité politique et constitutionnelle. Ce renouveau démocratique bien que mis à mal

après l'élection présidentielle de 2016 s'est manifesté de deux manières.

Contrairement aux deux derniers scrutins législatifs et présidentiel qui se sont respectivement tenus en 2019 et 2021, les précédentes élections béninoises étaient très rarement émaillées de tensions ou de violences. Les résultats encourageants de la Conférence Nationale de 1990 ont créé une coutume d'élections présidentielles calmes dont celle de 2016 au cours de laquelle le Président sortant Boni Yayi a, conformément à la Constitution béninoise, renoncé à un troisième mandat favorisant le bon déroulement du scrutin. Le Bénin témoigne donc d'un exemple d'élections apaisées mais aussi d'alternances politiques fréquentes.

Le second élément témoignant de l'assise démocratique au Bénin est sa stabilité constitutionnelle. La Constitution de 1990 n'avait jusqu'en 2019 fait l'objet d'aucune révision. Dans un contexte ouest-africain où « *les révisions constitutionnelles se font à un rythme frénétique* »^[1], la pérennité constitutionnelle a été assurée par sa rigidité formelle (*voir articles 154, 155 et 156*) et par un juge constitutionnel soucieux du respect des règles de forme et de fond garanties par la Constitution.

À l'inverse du cas béninois, le constitutionnalisme tchadien n'a pas permis la concrétisation de l'idéal démocratique. Ceci relève du paradoxe.

En effet, après la troisième vague de démocratisation qui a touché l'Afrique subsaharienne, mettant fin au parti État, aucun texte fondamental au Tchad n'a mis les mécanismes démocratiques en sourdine. Ainsi, le Tchad est-il une « *République souveraine ... fondée sur les principes de la démocratie* »^[2], reconnaissant les partis et groupements politiques^[3] et protégeant le pluralisme politique qui est un principe constitutionnel intangible dans les constitutions post-transition^[4].

Malgré une telle inscription de la démocratie dans le marbre constitutionnel, le Tchad est resté un État démocratiquement défaillant, avec une absence absolue d'alternance politique depuis 1990. Cette érosion démocratique est pour l'essentiel due à la

profanation du procédé électoral pourtant « *fondement démocratique de la légitimité* »^[5].

Cette profanation, dans le cas concret du Tchad en particulier et de l'Afrique noire francophone en général, passe par le détournement des instruments juridiques. Révisions constitutionnelles et législation électorale auront donc pour but de lever les obstacles empêchant l'accaparement du pouvoir. Ainsi la révision de la Constitution de 1996 en 2005 a-t-elle supprimé la limitation du nombre de mandats. Il peut s'agir d'écarter certains opposants de la course électorale, comme l'a illustré l'adoption d'une nouvelle constitution en 2018 avec l'augmentation de l'âge d'éligibilité de 35 à 45 ans, ce qui a empêché la candidature de Succès Masra aux dernières présidentielles. Bref, le détournement des instruments juridiques^[6] combiné à « *la militarisation de la vie politique* »^[7] a conduit à une carence démocratique au Tchad.

Un recul démocratique similaire

Le recul démocratique que connaît le Bénin est d'autant plus marquant qu'il présente certaines similitudes avec le Tchad même si ce dernier garde ses spécificités.

Au Bénin, l'arrivée du Président Talon a sonné le glas des bonnes pratiques de la démocratie constitutionnelle après deux tentatives infructueuses de réviser la Constitution. Pour contourner un Parlement jouant son rôle de contre-pouvoir, des réformes ont été entreprises.

Cela a commencé par la réforme du Code électoral dont les mesures majeures concernaient une augmentation importante de la caution des candidats qui est passée de 8,3 millions de FCFA (13.000 euros) à 249 millions (380.000 euros) ainsi que la mise en place d'un seuil électoral de 10% au niveau national. Ces réformes en prélude des législatives ont d'ailleurs été validées par la Cour constitutionnelle qui, quant à elle, impose un « *certificat de conformité* » nécessaire à tous les partis souhaitant participer aux législatives. Évidemment, ce certificat ne sera obtenu que par des partis affiliés au pouvoir en place si bien qu'au sortir des législatives, le Parlement béninois est totalement acquis à la cause du Président. Rien ne pouvait désormais s'opposer à la révision constitutionnelle qu'il avait tant espérée dont l'une des

grandes innovations est l'instauration d'un parrainage des candidats uniquement par des députés et des maires.

L'espoir aurait pu reposer sur une Cour constitutionnelle qui, depuis 1990, s'était distinguée par son impartialité et ses décisions audacieuses. Toutefois, lors de l'examen de cette loi de révision constitutionnelle, la Cour a certes procédé à un contrôle de fond et de forme mais a pris le soin d'écarter des principes constitutionnels qu'elle a elle-même ajoutés à ceux prévus par la Constitution. En effet, depuis 2006, la Cour a précisé « *que même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle* »^[8]. Ce considérant faisant du « *consensus national* » un principe primordial pour toute révision est d'autant plus important que la Cour l'a régulièrement rappelé depuis 2006^[9]. Or, en l'espèce ce n'était pas le cas. La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples n'a pas manqué de le relever dans sa décision *Houngue* dans laquelle elle notait qu'une loi, même adoptée à l'unanimité, « *ne saurait occulter la nécessité du consensus national [...] commandé par les idéaux qui ont prévalu à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990* »^[10]. La décision de la Cour rendue seulement par quatre membres ainsi que sa présidence assurée par M. Joseph Djogbénou, ancien avocat du Président actuel Patrice Talon, pourraient expliquer une telle position étrange et constitutionnellement douteuse.

Faut-il parler d'un recul démocratique au Tchad ? Rien ne justifie l'affirmative à cette question, d'autant que la démocratie y a toujours été mise à mal. Même si le Bénin a récemment rejoint le Tchad dans le détournement des moyens juridiques, ce dernier se distingue nettement par le degré de dégradation de la santé démocratique.

L'autre élément de différenciation reste la culture constitutionnelle. Fortement ancrée au Bénin, tel qu'exposée ci-dessus, elle est quasi nulle au Tchad, où la Constitution est reléguée au rang des instruments au service du pouvoir. Elle ne

bénéficie d'aucune sacralité dans un système où le pouvoir politique est complètement inféodé à la force militaire. D'ailleurs, le défunt Président se considérant toujours comme militaire aurait trouvé la mort sur le champ de bataille. Ce qui pourrait expliquer le coup d'État constitutionnel à sa mort alors que la Constitution organisait clairement la vacance du pouvoir dans de telles circonstances. Quoi qu'il en soit, la Constitution ne résiste pas, au Tchad, aux assauts du pouvoir de révision encore moins à la force militaire.

Au total, la comparaison de ces deux États permet de tirer plusieurs enseignements. Le premier, c'est que la démocratie africaine n'est pas uniforme. Elle peut être décomposée en plusieurs modèles en se basant sur le niveau de maturité démocratique. Deuxièmement, il faut constater que malgré une telle diversité, les dangers qui pèsent sur cette démocratie sont similaires. Enfin, bien que les dangers soient comparables, leurs effets prennent des dimensions différentes en fonction du niveau de la culture constitutionnelle. D'où il est pertinent de rappeler le lien entre constitutionnalisme et démocratie.

^[1] Mouhamadou Ndiaye, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain » *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2018, vol. 33, no 2017, p. 667-688.

^[2] Art 1 *al.*1 des constitutions de 1996 et 2018.

^[3] Art. 4 desdites constitutions.

^[4] Art 225 *al.*5 de la Constitution de 1996 et art.227 *al.* 5 de la Constitution de 2018.

^[5] Stéphane Bolle « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », in *Actes du 5e congrès. Les Cours constitutionnelles et les crises*, ACCF, 2009, p.80, cit. D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1993, pp. 122-123.

^[6] Constitution, lois, réglementation, justice constitutionnelle...

^[7] C'est le motif du retrait de la candidature, lors des élections de 2021, du principal opposant.

^[8] Cour constitutionnelle du Bénin, *DCC 06-074 du 8 juillet 2006*.

^[9] Voir entre autres les décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin DCC 10-049 du 5 avril 2010 et DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

^[10] Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Arrêt du 04 décembre 2020, *Houngue Éric Noudehouenou c. République du Bénin*, Requête N°003/2020, §65 (<https://fr.african-court.org/images/Cases/Judgment/003-2020-houngue-eric-noudehouenou-c-benin-arret.pdf>)



"Fragile démocratie brésilienne", Leonardo TRICOT SALDANHA, Docteur de l'Université pontificale catholique du Rio Grande do Sul, Doctorant en droit public à l'Université de Montpellier, CERCOP, 14/05/2021.

La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988, deuxième constitution démocratique de l'histoire du pays, est très ambitieuse : elle prêche l'égalitarisme, la république et la souveraineté populaire, mais la pratique institutionnelle du texte ne s'est jamais montrée vraiment fidèle, dans la vie politique contemporaine, à l'esprit de ces trois piliers. Comme la plupart des constitutions du XXème siècle adoptées au lendemain d'une dictature^[1], la Constitution de la République Fédérale du Brésil de 1988 (CRFB) avait pour ambition de changer la réalité politique et sociale du pays. Elle se présente d'ailleurs comme une constitution-programme^[2] dont les objectifs fondamentaux sont énoncés à l'article 3 : « construire une société libre, juste et solidaire », « éradiquer la pauvreté et la marginalisation » et « réduire les inégalités sociales et régionales »^[3]. Chargée de porter cette lourde promesse, la constitution bâtit plusieurs institutions nouvelles, imposantes, mais qui n'ont pas réussi à engendrer une réalité capable de faire face aux crises graves. Pour expliquer l'échec de cette expérience constitutionnelle, je voudrais attirer l'attention sur trois points particuliers qui concernent respectivement les droits fondamentaux, le contrôle de constitutionnalité des lois et le rôle du Ministère public. Ils traduisent un malaise profond : la dépendance dans laquelle se trouve la démocratie brésilienne vis-à-vis du pouvoir judiciaire.

La judiciarisation de la garantie des droits fondamentaux

La constitution est issue d'un processus politique de dépassement du régime dictatorial que le pays a vécu entre 1964 et 1985. Comme dans les autres dictatures latino-américaines, de nombreuses personnes ont été torturées et même assassinées par l'Etat. Quand ce régime meurtrier a été anéanti, quand « le statut de l'homme, de la liberté et de la démocratie »^[4] a été promulgué, il a paru normal que les droits fondamentaux revêtent une importance structurante dans le nouveau texte. L'article 5 est central avec ses soixante-dix-huit alinéas proclamant notamment des libertés publiques et quatre alinéas énonçant des règles d'interprétations applicables à tous les droits fondamentaux. Toutes les générations de droits sont prévues : les droits sociaux (art. 6 à 10), politiques (art. 14 à 17) et écologiques (art. 225). Le deuxième paragraphe de l'art. 5 établit que d'autres droits pourront émerger soit de l'interprétation du juge, soit des traités internationaux humanitaires qui, s'ils sont adoptés par la procédure de révision constitutionnelle, auront le niveau hiérarchique suprême (art. 5, § 3).

Mais l'article 5 contient un premier paragraphe tout aussi important. Il dispose que « les normes qui définissent les droits et les garanties fondamentaux sont d'application immédiate ». La constitution prévoyait de consolider l'Etat social en garantissant des droits dont beaucoup dépendaient d'une prévision budgétaire et d'une action administrative efficace. Or, l'Etat social brésilien fut établi par le gouvernement de Getúlio Vargas (1930-1945) pour subir ensuite un important revers avec l'arrivée de la dictature de 1964. Ainsi, dans les années 1990, la machine administrative n'était plus à la hauteur de la tâche que la Constitution lui imposait. C'est alors le pouvoir judiciaire, autonome, puissant et capable de se renouveler aisément, qui a pu se saisir de la question sociale.

La Constitution porte, depuis sa naissance, une promesse civilisationnelle majeure. Les citoyens, fatigués par des décennies de mépris gouvernemental, ont entrevu dans le pouvoir judiciaire une possibilité de faire prévaloir ces nouveaux droits. Le pouvoir judiciaire, à son tour, a estimé que l'expression « application immédiate »^[5] le doterait d'un pouvoir de réalisation des droits

sans dépendre strictement ni du budget ni de la loi. Même si les intentions peuvent être bonnes, ce genre de décision renferme un élément potentiellement inégalitaire. En effet, il édifie un système de santé pour tous qui, de facto, réserve l'accès à certains médicaments et traitements uniquement à ceux qui connaissent la voie judiciaire. Une voie qui, de surcroît, occupe une place centrale en matière de contrôle de constitutionnalité des lois.

La judiciarisation du contrôle de constitutionnalité des lois

La CFRB de 1988 reflète en effet l'intensification du mouvement constitutionnaliste entamé au XIX^{ème} siècle. Non seulement les rapports entre les pouvoirs et les droits fondamentaux y sont présents, mais toute une déontologie démocratique et républicaine irrigue le texte constitutionnel. Comme le nouveau régime n'est pas l'aboutissement d'une révolution populaire, un rôle pédagogique est attribué à la Constitution – elle devra bien le jouer, non seulement devant le peuple mais aussi pour engager l'ensemble de l'administration publique et des pouvoirs de l'Etat. Cette fonction, nettement politique, est menée avec l'utilisation de nombreuses « normes ouvertes », des principes dont l'interprétation est indispensable.

Dans ce cadre, la suprématie formelle de la Constitution reçoit la mission de renforcer sa suprématie matérielle : il s'agit de rendre crédible le nouveau projet politique. Le contrôle de constitutionnalité est mis en œuvre conformément aux deux modèles communément établis : le contrôle a priori attribué essentiellement à une commission permanente au sein de chaque chambre du Parlement^[6], et le contrôle a posteriori, assigné au pouvoir judiciaire^[7]. Conformément au modèle états-unien, n'importe quel juge ou tribunal peut écarter l'application d'une loi ou d'un règlement pour contrariété à la constitution, sachant que les effets sont limités au cas d'espèce (contrôle concret ou diffus de constitutionnalité). En même temps, la Constitution a renforcé la fonction de Cour Constitutionnelle du STF (Supremo Tribunal Federal) en reconstruisant l'ADI^[8], une action abstraite, dont les effets ont une portée erga omnes. Plusieurs acteurs institutionnels et politiques^[9] peuvent saisir la Cour pour demander la déclaration d'inconstitutionnalité, soit d'une loi nationale, soit d'une loi d'un Etat fédéré. Dans l'élan du succès de l'ADI, deux

autres actions de contrôle abstrait ont été inscrites dans la Constitution, par une révision constitutionnelle de 1993^[10] : l'ADPF^[11], qui permet d'invoquer l'inconstitutionnalité des lois municipales et de solliciter la non-réception du droit antérieur à la Constitution et l'ADC^[12], dont l'objet étonnant, compte tenu du principe de présomption de constitutionnalité des lois issues du parlement, est d'affirmer la constitutionnalité d'une loi nationale.

Face à un tel élargissement du contrôle de constitutionnalité, le pouvoir judiciaire est très fréquemment saisi pour se prononcer sur des lois et des programmes gouvernementaux en utilisant des normes constitutionnelles particulièrement indéterminées^[13]. Ainsi, subrepticement et par la force des choses, les juges se sont emparés d'une partie non négligeable de la souveraineté populaire.

L'hyperpuissance du Ministère public

Le Ministère Public au Brésil est, comme partout, compétent pour initier les poursuites pénales (art. 129, I). Néanmoins il doit aussi, parmi d'autres fonctions, « défendre l'ordre juridique et le régime démocratique » (art. 127, chapeau), « veiller au respect des droits fondamentaux » (art. 129, II), « défendre le patrimoine public et social, l'environnement et d'autres intérêts généraux et collectifs » (III), « défendre judiciairement les indigènes » (V), « exercer le contrôle externe des activités de police » (VII). En outre, le Ministère Public jouit d'une autonomie fonctionnelle, budgétaire et administrative (art. 127 §2 et § 3) qui était pleine et entière jusqu'au gouvernement de J. M. Bolsonaro^[14]. Les Procureurs (art. 128, §5, I) ont leurs fonctions garanties à vie et sont inamovibles tout en ayant la garantie d'un salaire irréductible^[15].

Cette élite, conçue sur la base d'une pensée républicaine, a été capable d'attirer à elle les demandes citoyennes. Si une association aspire à la protection d'un lieu naturel, par exemple, son action sera plus efficace si elle s'adresse au procureur plutôt qu'aux élus, étant donné que le Ministère Public, défenseur de l'environnement, est capable d'accéder à un pouvoir judiciaire tout puissant, qui peut ordonner au maire la protection envisagée, même si elle est coûteuse et contraire à la priorisation budgétaire.

Cette confiscation du politique par le pouvoir judiciaire et par le Ministère Public est tout aussi bénéfique aux maires, aux gouverneurs et même au Président de la République – on ne discute pas une décision judiciaire, on l'exécute.

Pour conclure ce bref propos, je voudrais faire observer que le développement des droits fondamentaux au Brésil a été rendu possible grâce à l'action herméneutique activiste du pouvoir judiciaire, ce qui en soi est une bonne chose. La mise à disposition immédiate des médicaments par le système public de santé, la concrétisation du droit de grève et même le mariage pour tous ont résulté de décisions judiciaires. S'il avait fallu attendre une loi, ces droits n'auraient jamais été accordés aussi rapidement. Mais les problèmes soulevés par la construction de la nouvelle démocratie brésilienne sous la tutelle des juges se sont avérés considérables. Deux d'entre eux méritent une attention particulière. D'abord, le manque d'engagement du peuple dans la lutte pour les droits et la passivité subséquente de la majorité des élus. La Constitution incarne en effet, depuis 1988, un changement politique majeur mais, sur la ligne de front, on ne voit ni le peuple, ni les politiciens. Le second problème est que les juges et les procureurs, dans un tel contexte institutionnel, accumulent une trop grande légitimité matérielle. Il suffit alors qu'un groupe d'entre eux soit séduit par une certaine idéologie politique (l'extrême droite, dans le cas brésilien) pour que toute la construction démocratique soit mise en danger comme l'a montré l'enquête judiciaire anticorruption, menée par le procureur Sergio Moro, dont il a été établi qu'elle eut pour principal objectif d'empêcher Lula da Silva de se représenter à l'élection présidentielle de 2018[16].

[1] A l'instar de la Loi Fondamentale de la RFA de 1949, de la Constitution du Portugal de 1976 et de la Constitution espagnole de 1978.

[2] K. Hesse, Die normative kraft der Verfassung, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959. Dans la traduction portugaise : A força normativa da Constituição, SAFE, Porto Alegre, 1991.

[3] Constitution de la République Fédérative du Brésil, trad. J. Villemain et J-F de CLEAVER. V. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br117fr.pdf>

[4] Discours de Ulysses Guimarães, président de l'Assemblée Constituante, le 5 octobre 1988.

[5] CRFB, article 5, §1.

[6] Mais pas exclusivement : la Cour Suprême a le pouvoir de censurer les projets de révision constitutionnelle, par exemple, s'ils sont contraires aux clauses d'immutabilité de l'art. 60, §4°, CRFB.

[7] Même s'il existe des cas très minoritaires de contrôle a posteriori effectués par le pouvoir législatif.

[8] Ação Direta de Inconstitucionalidade : Action Directe d'Inconstitutionnalité.

[9] Art. 103.

[10] Révision Constitutionnelle 3/1993.

[11] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 103, §1°) : Action pour inexécution d'un principe fondamental.

[12] Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a) : Action déclaratoire de constitutionnalité. Elle est utilisée quand une controverse sur la constitutionnalité d'une loi est déjà prégnante dans le contrôle concret de constitutionnalité même s'il n'existe pas encore de discussion abstraite autour d'elle.

[13] Une affaire illustre le pouvoir politique des juges et les difficultés herméneutiques au Brésil : alors que l'avortement du fœtus anencéphale était interdit par quelques juges sur le fondement du droit à la vie et de la dignité de la vie humaine, il était permis par d'autres juges sur la base des mêmes principes. Le STF a fini par autoriser ce type d'avortement par une décision en date du 13 avril 2012.

[14] Jair Bolsonaro a nommé un Procureur Général de la République qui n'était pas élu par la classe des procureurs, en brisant la tradition de l'autonomie du Parquet. Cf. Bolsonaro despreza lista tríplice e indica Augusto Aras para o comando da PGR, Journal Folha de São Paulo, 5 septembre 2019, disponible sur <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/bolsonaro-ignora-lista-triplice-e-diz-a-augusto-aras-que-o-indicara-a-pgr.shtml>.

[15] Et très important. Avant la terrible dévaluation de la taxe de change des dernières années, le salaire mensuel d'un procureur variait entre huit et douze mille euros.

[16] G. Estrada et N. Biurcier, Le naufrage de l'opération anticorruption « Lava Jato » au Brésil, Le Monde, 9 avril 2021. Disponible sur https://www.lemonde.fr/international/article/2021/04/09/au-bresil-une-operation-anticorruption-aux-methodes-contestables_6076204_3210.html



« De la Constitution illégitime au constituant démocratique au Chili », Tomás DE REMENTERIA VENEGAS, doctorant à l'Université Paris 1, avocat, 5/06/2021.

Le Chili vit actuellement la consolidation d'un long processus constituant qui a vocation à mettre un terme à une constitution dictatoriale de trente ans et à un consensus politique forcé qui a perpétué l'héritage politique, économique et juridique pinochétiste. Ce processus, particulièrement long, a pris corps dans une nouvelle forme de démocratie constituante au sein de laquelle la protestation sociale, de nouvelles formes de représentation, l'égalité absolue entre les sexes et la participation des peuples originaires ont joué un rôle primordial, contrairement à la démocratie tout à fait formelle que nous percevions dans d'autres processus constituants modernes.

La revendication d'une nouvelle constitution au Chili n'est pas nouvelle. Toutefois, de longues années de tutelle militaire sur le régime de transition ont mis cette demande sous le voile d'un soi-disant succès économique et d'une société sans conflit^[1]. Derrière cette neutralisation politique, il y avait un mécontentement latent au sein de la société nationale qui est apparu sous forme de diverses protestations sociales. A partir de 2005 chez les étudiants, de 2011 chez les universitaires, avec différents moments intermédiaires de contestations régionales, environnementales et des retraités, mais surtout avec son zénith au moment de l'élection présidentielle de 2013 où, afin de soumettre le sujet à l'opinion publique, un groupe de personnes décide de créer une campagne pour marquer le vote avec l'acronyme AC (Assemblée constituante) qui a pu enregistrer environ 10 % des bulletins de vote. Face à cela, la Présidente nouvellement élue, Michelle Bachelet, décide de mener un processus constitutionnel participatif qui serait ratifié par les chambres législatives. Cependant, ce fut un échec en raison de l'opposition des organes politiques traditionnels et des groupes de pression, ainsi que du système juridico-politique lequel a été

impuissant pour gérer l'expression souveraine du peuple. Comme l'a dit Jaime Bassa, professeur et aujourd'hui membre élu de la Convention constitutionnelle, « les difficultés que rencontre ce processus sont traversées par les limites théoriques du constitutionnalisme moderne lui-même, notamment la relation entre le droit en vigueur et le pouvoir qui le soutient » [2].

Le Professeur Bassa trouve un nœud dans le système juridique chilien qui ne saurait aller contre la réalité qui finira par exploser sur le formalisme régnant. Selon les mots d'un autre Professeur et également élu constituant, Fernando Atria, la constitution changera par les « bonnes ou par les mauvaises » [3] méthodes. A ce titre, il fait observer que si la demande n'était pas catalysée par le système juridique en vigueur, la rupture de celui-ci serait due à la manifestation du pouvoir populaire qui soutient la validité du système politique.

L'éclatement social, la manifestation de la souveraineté constituante

C'est ainsi que, le 18 octobre 2019, à partir d'une hausse du prix du billet des transports publics, un groupe d'étudiants secondaires se propose de boycotter le système et de prendre le métro sans payer leur billet. Il en résultera une gigantesque protestation populaire, rassemblant des millions de personnes dans les rues de toutes les villes du Chili [4], au sein de laquelle la demande principale était précisément une nouvelle constitution. Dans un premier temps, face à la contestation populaire, le système politique a réagi comme d'habitude par la violence et l'usage de la force policière pour la réprimer [5]. Mais cette réponse a eu un effet boomerang pour les autorités politiques, puisque cet éclatement social épique a connu une popularité rarement vue dans le monde. Face à cela, les groupes politiques ont dû accepter de dialoguer pour trouver une issue au conflit. Il y a donc eu ici une rupture avec ce que le Professeur Dominique Rousseau appelle la représentation fusion où le citoyen disparaît une fois que le mandat est remis à son représentant [6]. Dans le cas chilien, les représentants ont dû agir en laissant de côté leurs idées personnelles – la majorité n'était pas d'accord pour changer la règle fondamentale – et en prenant en considération la pression du citoyen mandataire. Cela a conduit à un accord pour établir un calendrier et une procédure pour une nouvelle Constitution, sous

l'épée de Damoclès de la citoyenneté mobilisée qui n'accepterait pas de maintenir la constitution en vigueur.

Dans la partie technique, ce processus devait commencer par un référendum à l'occasion duquel les citoyens étaient appelés à préciser s'ils voulaient une nouvelle constitution et s'ils souhaitaient que celle-ci soit rédigée par une convention constitutionnelle élue à cet effet ou par une convention constituée à parts égales des membres des chambres législatives et de membres élus. Le résultat a été clair car 78% des électeurs ont approuvé l'idée d'une nouvelle constitution et 79% d'entre eux ont opté pour sa conception par une convention constitutionnelle élue à cet effet[7].

Sur le plan de l'organisation de la Convention, les acteurs politiques de la représentation ont dû également céder devant la participation de la société civile et des citoyens. Ainsi, a été assurée, grâce à la pression des organisations féministes et notamment du Réseau des Femmes Politologues, l'exacte égalité des hommes et des femmes tant sur les listes que sur les constituants à élire. Ensuite, grâce à la pression des peuples originaires, 17 sièges ont été assurés au bénéfice des différents peuples qui habitent le Chili. Enfin, la pression des citoyens indépendants a permis de retirer le monopole des partis politiques sur la formation des listes pour les élections qui désigneraient les membres de l'organe constitutif. La seule question qui a été contestée par la population était la nécessité d'obtenir les deux tiers des constituants pour la prise de décision. Il est également important de noter que la résolution des conflits a été confiée à la Cour Suprême et non au Tribunal Constitutionnel qui était l'un des gardiens de l'ordre pinochétiste.

Le mouvement social ratifié lors des élections

Les résultats de l'élection des constituants ont montré à nouveau que cette élection représentait un tournant dans les formes de démocratie constituante que nous connaissions. Les partis traditionnels se sont disloqués et ont obtenu de maigres résultats. La droite, défendant le modèle dominant, n'a même pas obtenu une représentation lui permettant de bloquer des contenus de la future constitution. De même, les grands vainqueurs ont été les nouvelles listes d'indépendants comme les nouveaux partis qui

composent la coalition de gauche appelée "Frente Amplio". L'élection a, en outre, remis en question la représentation traditionnelle car l'idée d'un dirigeant né au sein des pouvoirs partisans ou des organes syndicaux traditionnels a été écartée par les citoyens. En revanche, on a vu naître de nouvelles formes associatives autour de l'environnement, des causes sociales et locales. Nous avons également vu l'entrée, dans la rédaction de la Constitution, d'une académie juridique qui, au lieu du formalisme traditionnel enfermé dans les Facultés, offrait les idées d'une connaissance juridique populaire et proche des attentes des citoyens. Enfin et surtout, les citoyens ordinaires – une joueuse d'échecs, un cancéreux qui n'a pas les moyens de payer son traitement ou une femme qui s'est déguisée pour assister aux manifestations – ont pu être désignés au sein de la convention en représentant, en tant que semblable et non en tant que leader, la réalité de chaque citoyen[8].

Nous pouvons conclure que le processus constitutionnel chilien s'inscrit dans un nouveau concept de démocratie qui est à la fois continu, participatif et délibératif. Avec cela, tombent certains paradigmes juridiques qui ancrèrent l'expression citoyenne (finalement la source du pouvoir étatique) dans la représentation classique, les formalismes procéduraux et les pouvoirs constitués irresponsables à l'égard du citoyen. Si certains processus constitutifs ont ouvert la porte à ces nouvelles manifestations de démocratie dans un Etat plus pur et plus authentique (Tunisie, Égypte et Islande, entre autres), les résultats escomptés n'ont pas été atteints pour diverses raisons. En revanche, nous constatons qu'au Chili, les progrès semblent se consolider. En attendant de voir ce qui résultera du fonctionnement du nouveau texte constitutionnel, il ne fait aucun doute qu'en matière de participation, le processus constitutionnel chilien marquera la voie d'une refondation démocratique inévitable pour le monde.

[1] ATRIA Fernando, La Constitución Tramposa, LOM Ediciones, Santiago, 2013,

[2] BASSA MERCADO Jaime, Constituyentes sin poder, Valparaíso, EDEVAL, 2018

[3] <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/>

[4] https://www.liberation.fr/planete/2019/10/19/chili-violentes-manifestations-a-santiago-contre-l-augmentation-des-prix-du-metro_1758533/

[5] https://www.lemonde.fr/international/article/2019/12/13/torture-mauvais-traitements-viols-l-onu-denonce-la-repression-des-manifestations-au-chili_6022786_3210.html

[6] ROUSSEAU Dominique, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.

[7] https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/26/les-chiliens-ont-vote-en-masse-au-referendum-sur-la-constitution_6057340_3210.html

[8] <https://www.france24.com/fr/am%C3%A9riques/20210515-vote-historique-a-u-chili-pour-une-Premi%C3%A8re-assembl%C3%A9e-Constitut>



"L'ordonnance de la Cour suprême des États-Unis, un pas de plus vers le renversement de la décision *Roe c. Wade* ?", Yann GBOHIGNON DOUE, Doctorant vacataire, Université de Montpellier, CERCOP, 15/09/2021.

Le mercredi 1^{er} septembre, la Cour suprême américaine a rendu une ordonnance dans laquelle elle rejetait la demande en urgence des plaignants dans l'affaire *Whole Women's health et autres c. Jackson et autres* ; cette requête avait pour but d'empêcher l'entrée en vigueur d'une loi du Texas limitant grandement l'accès à l'avortement dans cet État. Le Président américain Joe Biden avait dénoncé cette « loi radicale », la qualifiant de « violation flagrante du droit constitutionnel reconnu dans l'arrêt *Roe c. Wade* » et s'était engagé à « défendre et protéger ce droit constitutionnel auquel [son] Administration est profondément attachée »^[1].

Depuis sa légalisation aux États-Unis en 1973, le droit à l'avortement n'a cessé d'être constamment éprouvé dans le but de le limiter, voire de renverser la jurisprudence de la Cour suprême. La question qui se pose est donc celle de savoir si effectivement l'ordonnance de la Cour rendue au sujet de la loi de

l'État du Texas constitue un réel recul du droit à l'avortement aux États-Unis.

La position qui est tenue dans ce billet d'actualité est celle de répondre par la négative. Pour le démontrer, il faudra d'abord présenter de façon globale la loi en question (I) avant d'analyser par la suite l'ordonnance rendue par la Cour suprême (II).

I - LA LOI DE L'ÉTAT DU TEXAS : UNE LÉGISLATION CONTROVERSÉE

La loi de l'État du Texas en question, dénommée SB8, a été adoptée et promulguée par le Gouverneur de l'État le 19 Mai 2021. Elle est entrée en vigueur ce 1er septembre^[2]. Le texte est présenté comme « *une loi relative à l'avortement, y compris les avortements après détection du rythme cardiaque d'un enfant à naître* », autorisant un droit d'action civil privé. Elle se fonde sur le "*heartbeat act*" de l'État du Texas (Loi sur le point de viabilité foetale), "*terme juridique consacré*" renvoyant à un ensemble de législations adoptées dans le but de restreindre le droit à l'avortement en rendant l'acte illégal dès lors que le rythme cardiaque du fœtus peut être détecté.

Ces lois ont été souvent adoptées par des États conservateurs, en particulier ceux faisant partie de la « *ceinture de la Bible* » c'est-à-dire des États du Sud des États-Unis avec une forte densité de population se réclamant du mouvement protestant et très attachée aux valeurs religieuses de la Bible. On peut citer entre autres la Louisiane, le Missouri, le Kentucky etc... Le premier État à s'être engagé sur une telle voie fut l'État du Dakota du Nord en 2013. La loi a été invalidée par la Cour suprême sur la base de son célèbre précédent *Roe c. Wade* de 1973^[3]. Il faut noter toutefois que dans la majeure partie des États, en raison de l'intervention des tribunaux, ces lois ne sont pas en vigueur. C'est donc fort de ces différents blocages que le Texas a fait preuve de malice et d'originalité. Le droit à l'avortement aux États-Unis est globalement régi par deux jurisprudences essentielles. La première, plus protectrice, est la jurisprudence *Roe c. Wade*. Dans cette décision, la Cour suprême a soutenu qu'en vertu du XIV^e amendement, une personne pouvait choisir de se faire avorter tant que le fœtus n'est pas viable. L'État ne pouvait intervenir

pour interdire l'avortement qu'au dernier trimestre de grossesse tandis que dans le second, la marge de manoeuvre de l'État était fortement limitée. C'est le principe du « *cadre trimestriel* »^[4]. Dans la jurisprudence Casey, elle a abandonné ce principe en mettant plutôt l'accent sur la viabilité du fœtus. À cet effet, elle a estimé que l'État pouvait interdire l'avortement tant que cette restriction légale ne constituait pas un « *fardeau excessif* ». Une restriction légale serait considérée comme un « *fardeau excessif* » dès lors que l'État promulguerait une loi ayant « *pour objet ou pour effet de mettre un obstacle important sur le chemin d'une femme cherchant à avorter un fœtus non viable* »^[5]. En d'autres termes, les États sont plus ou moins libres de fixer le « *point de viabilité foetale* » décisif à la légalité ou non de l'avortement. L'État du Texas a donc décidé de le fixer à six semaines. Il ne fait aucun doute que six semaines, c'est relativement peu. Les plaignants affirment d'ailleurs qu'à six semaines de grossesse, très peu de femmes savent qu'elles sont enceintes. L'argument est suffisamment solide et aurait sûrement été entendu par la Cour afin de renverser la loi texane mais c'est là que le cas du Texas prend tout son intérêt.

Contrairement aux lois précédentes adoptées par les autres États, le Texas ne fait pas peser sur les représentants du Gouvernement la charge de faire respecter sa nouvelle législation restrictive. Elle compte plutôt sur les individus, citoyens ou non de l'État. En effet, elle donne la possibilité à « *toute personne, autre qu'un fonctionnaire ou employé d'un État ou d'une entité gouvernementale locale de cet État* » d'« *intenter une action civile contre toute personne qui [...] se livre sciemment à une conduite qui aide ou encourage la réalisation ou l'incitation d'un avortement* ». Par exemple, une personne qui aura payé le billet d'avion d'une femme pour aller se faire avorter pourrait être dénoncée et poursuivie. Un tel acte donnerait droit à une récompense d'au moins 10.000 dollars américains^[6]. C'est une tournure subtile, voire « *particulièrement cruelle* »^[7] qui permet à la législation texane de contourner la jurisprudence Ex Parte Young^[8] en vertu de laquelle toute personne à qui une loi nuit peut, malgré l'immunité souveraine, poursuivre les représentants du gouvernement qui tentent d'appliquer une loi inconstitutionnelle. C'est une loi controversée, à la limite de l'éthique dans la mesure où elle encourage la délation.

Aux États-Unis, il existe en vertu de cette jurisprudence *Ex Parte Young*^[9] une procédure singulière « *assez similaire* » au contrôle de constitutionnalité des lois a priori. Ce mécanisme permet aux citoyens de demander une injonction à un tribunal fédéral contre une loi présumée inconstitutionnelle avant que celle-ci n'entre en vigueur^[10]. Cela fait toutefois peser sur lui la charge de prouver que l'existence de cette loi lui causerait un « *dommage irréparable* ». Les plaignants dans l'affaire, constitués principalement par l'association Whole Women's health ont saisi dès le 13 juillet, un tribunal fédéral de district sur cette base. Le tribunal leur a donné gain de cause statuant d'une part que l'entrée en vigueur de la loi texane devait être suspendue et d'autre part que le recours contre la constitutionnalité de cette loi méritait d'être étudié^[11]. Les défendeurs ont donc automatiquement déposé une demande d'appel auprès de la Cour d'appel pour le cinquième circuit afin que celle-ci suspende la décision de la Cour de district. Ce qui permettrait par ricochet à la loi texane d'entrer en vigueur. Pour éviter cela, les plaignants ont quant à eux demandé à la Cour d'appel de se prononcer en urgence. Cette demande leur a été refusée^[12]. Les plaignants ont donc saisi en urgence la Cour suprême afin qu'elle prononce soit une injonction contre l'exécution de la loi texane jusqu'à ce que sa constitutionnalité soit examinée par les tribunaux inférieurs, soit une ordonnance annulant la décision de la Cour d'appel et rétablissant celle de la Cour fédérale de district^[13].

II- L'ORDONNANCE DE REFUS DE LA COUR : UNE POSITION LOGIQUE ET PRÉVISIBLE

La Cour s'est prononcée dans une ordonnance rendue à la majorité de 5 juges contre 4. Les juges de la majorité sont les conservateurs Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Samuel Alito et Amy Coney Barrett. Tous les cinq ont été nommés par des Présidents républicains : trois par Donald Trump et les deux autres, respectivement par Bush Père et Bush fils. La position de la Cour -notamment de la majorité - explique son inaction pour empêcher la loi de l'État du Texas d'entrer en vigueur. En effet, dès lors que la demande en urgence a été introduite par les plaignants le lundi 30 août, la Cour aurait pu statuer le mardi avant minuit afin d'empêcher que cette loi n'entre

en vigueur. D'ailleurs, de nombreux observateurs attendaient avec impatience la décision de la Cour dans la nuit du mardi au mercredi afin que la loi texane n'entre pas en vigueur. La Directrice du centre Whole Woman's Health avait tweeté le mardi soir que le centre « *venait de terminer les soins de [sa] dernière patiente au Texas aujourd'hui. [...] Maintenant, nous attendons* »^[14]. Comme le note justement la professeure Mary Ziegler, l'inaction du tribunal montre que la perspective d'une interdiction fonctionnelle de l'avortement au Texas ne présente aucune forme d'urgence^[15]. À tout le moins, elle donnait des indications sur la position qu'adopterait la Cour dans sa réponse. Il n'est donc pas étonnant qu'elle ne se soit pas opposée finalement à la loi texane.

Dans l'ordonnance rendue par la majorité, étonnamment assez brève et sans signature, la Cour soutient que la demande de sursis ou d'annulation de la loi texane est rejetée parce que les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer que la loi texane « *blesse de façon irréparable en l'absence d'un sursis* »^[16]. En effet, de jurisprudence constante, la Cour a rappelé que pour avoir gain de cause dans une telle procédure, reposait sur le demandeur le lourd fardeau de faire la « *forte démonstration* » qu'il est « *susceptible d'avoir gain de cause au fond* », qu'il sera « *irréparablement blessé en l'absence d'un sursis* », que l'équilibre des actions le favorise et que la suspension est conforme à l'intérêt général^[17]. La Cour se fonde donc sur un motif purement procédural pour rejeter la demande des requérants. Ceci est d'autant plus logique qu'elle ne confirme pas la constitutionnalité de la loi texane mais se cantonne à répondre à la question qui lui a été posée par la procédure d'urgence. La Cour n'omet pas de relever dans la suite de son argumentation que les requérants « *ont soulevé de sérieuses questions concernant la constitutionnalité de la loi texane en cause mais leur application présente également des questions de procédure antérieures complexes et nouvelles sur lesquelles ils n'ont pas porté leur fardeau* »^[18]. La Cour valide cependant la stratégie législative et procédurale de l'État du Texas ce qui pourrait, il faut le reconnaître, encourager d'autres États à suivre une telle voie. Pour autant, sur le fond, elle affirme clairement qu'elle ne prétend « *pas résoudre définitivement toute réclamation juridictionnelle ou substantielle dans le procès des demandeurs. En particulier,*

cette ordonnance n'est fondée sur aucune conclusion concernant la constitutionnalité de la loi du Texas et ne limite en aucun cas les autres contestations procédurales appropriées de la loi du Texas, y compris devant les tribunaux de l'État du Texas »^[19].

Les trois juges libéraux que sont Stephen Breyer, Sonia Sotomayor et Elena Kagan ont été rejoints par le juge en chef Roberts, conservateur quant à lui, dans la dissidence. Ils ont tous rédigé une opinion dissidente quoique se rejoignant sur plusieurs points. La dissidence du juge Roberts semble intéressante dans la mesure où il note qu'en raison du caractère nouveau et important de la question, une telle loi qui « *met l'État à l'abri de toute responsabilité* » ne devrait pas entrer en vigueur. Le juge Breyer a renchéri en affirmant son scepticisme quant à la raison pour laquelle une telle « *différence juridique critique* » [parlant donc de la ruse de la législation de l'État du Texas] soit validée alors que « *l'invasion d'un droit constitutionnel* » est clairement constatée^[20]. La position des juges dissidents et celle des juges de la majorité peut plus ou moins laisser transparaître quelques désaccords entre les juges de la Cour suprême, accentués d'ailleurs, depuis la nomination de la juge Barrett, par une écrasante majorité républicaine.

Toutefois, est-ce vraiment un recul du droit à l'avortement aux États-Unis ? Assurément, non ! Il est vrai que la mort de la juge Ruth Bader Ginsburg a rebattu les cartes et fait planer sur la Cour le spectre d'une future interdiction du droit à l'avortement. Cependant, l'ordonnance de refus rendue par la Cour ne semble pas, selon nous, aller dans ce sens.

D'une part, la Cour a rendu un arrêt logique et conforme à sa jurisprudence classique. De même, elle ne se prononce pas sur la constitutionnalité de la loi texane. Et quand bien même cela aurait été le cas, des tribunaux inférieurs ont déjà validé des lois plus restrictives que la loi texane. Dans l'affaire Okpalobi par exemple, la Cour d'appel a validé une loi de l'État de Louisiane qui déclarait que les médecins qui pratiquaient des avortements légaux, consensuels et médicalement appropriés s'exposaient à une responsabilité délictuelle non atténuée en cas de complications. Ce qui a rendu beaucoup de médecins réticents à fournir des services à l'avortement^[21].

D'autre part, comme le note très justement la Professeure Ziegler, « *permettre à S.B. 8 [la loi texane] d'entrer en vigueur ne contredit pas aussi manifestement les précédents – ni n'expose le tribunal à des réactions négatives* »^[22]. Le véritable défi de la Cour se jouera dans quelques mois. En effet, une loi de l'État du Mississippi qui interdit l'avortement après 15 semaines est en ce moment sur les tables de la Cour et devrait être étudiée dans les mois à venir. Dans cette affaire, il y a effectivement une demande de la part de l'État du Mississippi de renverser les jurisprudences Roe et Casey. En attendant, l'inaction de la Cour suprême dans cette affaire contraste par exemple avec sa position dans l'affaire *June Medical Service LLC et Al v. Rebekah Gee*^[23], dans laquelle elle avait suspendu une loi similaire de l'État de Louisiane. Toutefois, cette ordonnance ne remet en question ni la jurisprudence Roe, encore moins la décision Casey car la Cour ne se prononce pas sur le fond mais uniquement sur la procédure. Les femmes au Texas se sont certes réveillées le 1er septembre avec moins de possibilités d'avorter que la veille mais il reviendra aux juridictions inférieures et notamment étatiques de se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi. C'est le privilège qu'offre le fédéralisme américain et certains États comptent bien en profiter.

^[1] Déclaration du Président Joe Biden sur la loi Loi du Texas SB 8, 1er septembre 2021, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/01/statement-by-president-joe-biden-on-texas-law-sb8/> [Consulté le 2 septembre 2021]

^[2] Loi de l'État du Texas SB 8, Section 171.208, <https://legiscan.com/TX/text/SB8/2021> [Consulté le 2 septembre 2021]

^[3] Cour suprême, Roe c. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

^[4] Cour suprême, Roe c. Wade, préc.

^[5] Cour suprême, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey, 505 U.S. 833 (1992). Le critère du « *fardeau excessif* » a été précisé plus tard dans la décision Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U.S. ____ (2016)

^[6] Loi de l'État du Texas SB 8, Section 171.208, <https://legiscan.com/TX/text/SB8/2021>

^[7] Elisabeth Nash et Lauren Cross, « *2021 Is on Track to Become the Most Devastating Antiabortion State Legislative Session in Decades* », Guttmacher Institute, publié le 30 avril 2021, <https://www.guttmacher.org/article/2021/04/2021-track-become-most-devastating-antiabortion-state-legislative-session-decades#> [Consulté le 2 septembre 2021]

^[8] Cour suprême, *Ex Parte Young*, 209 U.S. 123 (1908)

^[9] Cour suprême, *Ex Parte Young*, préc.

^[10] Mark Tushnet, « *Has the U.S. Supreme Court Effectively Overruled Roe v. Wade?* », *VerfBlog*, 2021/9/03 », <https://verfassungsblog.de/has-the-u-s-supreme-court-effectively-overruled-roe-v-wade/>.

^[11] Cour fédérale de district pour le District Ouest du Texas, *Whole Women's health et autres c. Juge Austin Reeve Jackson*, Case1:21-cv-00616-RP, 25 août, 2021, <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/08/2021-08-25-082-ORDER-DENYING-Motion-to-Dismiss-for-Lack-of-Jurisdiction.pdf> [consulté le 2 septembre 2021]

^[12] Cour d'appel fédérale du cinquième circuit, *Whole Women's health et autres c. Juge Austin Reeve Jackson*, No. 21-50792, 29 août 2021, <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/08/2021-08-29-Fifth-Cir-Denial-of-emergency-relief.pdf>, [consulté le 2 septembre 2021]

^[13] Mark Tushnet, *Op. Cit.*

^[14] <https://twitter.com/AmyHM/status/1432930392642883586>, [Consulté le 2 septembre 2021]

^[15] Mary Ziegler, *Supreme indifference: What the Texas case signals about the court's treatment of abortion*, SCOTUSblog (Sep. 1, 2021, 3:28 PM), <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-indifference-what-the-texas-case-signals-about-the-courts-treatment-of-abortion/>

^[16] Cour suprême, *Whole Women's health et autres c. Jackson et autres*, N°21A24, 594 U. S. ____ (2021), 1er septembre 2021

^[17] La Cour rappelle les jurisprudences suivantes : *Nken v. Holder*, 556 U. S. 418, 434 (2009); *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63, 66 (2020) (citant *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 555 U. S. 7, 20 (2008))

^[18] Cour suprême, *Whole Women's health et autres c. Jackson et autres*, préc.

^[19] Cour suprême, *Whole Women's health et autres c. Jackson et autres*, préc.

^[20] Cour suprême, *Whole Women's health et autres c. Jackson et autres*, *préc.*

^[21] Cour fédérale d'appel du Cinquième Circuit, *Okpalobi v. Foster*, 244 F.3d 405 (5th Cir. 2001), 12 Mars 2001

^[22] *Mary Ziegler, Op. Cit.*;

^[23] Cour suprême, *June Medical services L.L.C., et autres c. Rebekah Gee, secretary, Louisiana Department of health and hospitals*, 586 U. S. ____ (2019)

VII – VIDEOS DES CONFERENCES DU CERCOP

- Conférence du 8 avril 2021 du Professeur **Aurélien ANTOINE** relative à « *L'impact du Brexit sur le constitutionnalisme britannique* » :

➤ **Liens vers la vidéo :**

En raison d'un incident technique indépendant de notre volonté le début de la première phrase de l'intervenant n'a malheureusement pas été enregistré. Nous adressons toutes nos excuses à notre invité tout en le remerciant chaleureusement de son intervention.

L'équipe du Cercop tient à remercier particulièrement, Mlle **Jade MEYRIEU** et M. **Yonden DOGAN**, doctorants du centre, pour leur aide précieuse dans la mise en place de cette première vidéo du Blog.

Partie 1 :

https://drive.google.com/file/d/17_zoHqkM52thw-3Q9laFJKSNOngR0cpz/view?usp=sharing

Partie 2 :

https://drive.google.com/file/d/1BKEvQ7GHiXDj7sSUsVQWfWQFO-pJ_SSs/view?usp=sharing

➤ **Lien vers le CV du Professeur Aurélien ANTOINE :**

Aurélien ANTOINE est professeur de droit public à la faculté de droit de l'Université Jean-Monnet de Saint-Étienne/Université de Lyon. Vice-doyen chargé des Relations internationales, directeur de l'Observatoire du Brexit et responsable de l'Axe « *Production et interactions normatives* » du CERCRID (UMR 5137), il consacre une grande partie de ses recherches aux droits constitutionnel et administratif britanniques.

<https://cercriid.univ-st-etienne.fr/fr/presentation/les-membres/les-enseignants-chercheurs/aurelien-antoine.html>

- Colloque du 29 avril 2021, "**Les conditions d'incarcération sous le contrôle des juges : éléments d'actualité**"

Faculté de Droit et de Science politique - Université de Montpellier

**LES CONDITIONS D'INCARCÉRATION
SOUS LE CONTRÔLE DES JUGES : ÉLÉMENTS D'ACTUALITÉ**

Sous la direction scientifique de :
Mustapha AFROUKH, Julien BONNET, Pierre-Yves GAHDOUN

JEUDI 29 AVRIL 2021 - 14H

WEBINAIRE
Lien zoom : 849 1511 4016

LES CONDITIONS D'INCARCÉRATION SOUS LE CONTRÔLE DES JUGES : ÉLÉMENTS D'ACTUALITÉ

14h00 : Ouverture du webinaire
14h15 : Introduction
Anne PONSEILLE, Maître de conférences HDR en droit privé, Université de Montpellier, CERCOP

14h30 : Les stratégies contentieuses de l'OIP
Nicolas FERRAN, Responsable du pôle contentieux, Observatoire International des Prisons

14h45 : Le redéploiement de la dignité ?
Mustapha AFROUKH, Maître de conférences en droit public, Université de Montpellier
Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Agrégé des Facultés de Droit, IDEDH

Débat

16h00 : Les nouvelles perspectives du juge judiciaire
Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé, Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (équipe associée 4690)

16h15 : Les limites du référé-liberté
Olivier LE BOT, Professeur de Droit Public, Université Aix-Marseille, Institut Louis FAVOREU-GERCOP

16h30 : L'approche ambivalente du Conseil constitutionnel
Julien BONNET et Pierre-Yves GAHDOUN, Professeurs de droit public, Université de Montpellier, CERCOP

16h45 : La réforme législative du contentieux des conditions de détention : vers quelle effectivité du nouveau recours ?
Julia SCHMITZ, Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole, IMH

Débat

17h30 : Conclusions
Xavier BIDY, Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, IMH

Logos: CERCOP, Observatoire International des Prisons, Université de Montpellier, Université Toulouse 1 Capitole

Le CERCOP et l'IDEDH ont organisé le Jeudi 29 avril 2021, de 14h à 18h, un webinaire sur « **Les conditions d'incarcération sous le contrôle des juges : éléments d'actualité** », sous la direction scientifique de **Mustapha AFROUKH, Julien BONNET et Pierre-Yves GAHDOUN**.

Liens vers les vidéos des interventions :

- 14h15 : Introduction
(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12480-les-conditions-dincarceration-sous-le-contrôle-des-juges-elements-dactualite-introduction/>),
Anne Ponselle, Maître de conférences HDR en droit privé, Université de Montpellier, CERCOP
- 14h30 : Les stratégies contentieuses de l'OIP
(<https://video.umontpellier.fr/video/12481-les-conditions-dincarceration-sous-le-contrôle-des-juges-elements-dactualite-les-strategies-contentieuses-de-loip/>),

Nicolas Ferran, Responsable du pôle contentieux, Observatoire International des Prisons

➤ 14h45 : Le redéploiement de la dignité ?
(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12482-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-d-es-juges-elements-dactualite-le-redeploiement-de-la-dignite/>),

Mustapha Afroukh, Maître de conférences en droit public, Université de Montpellier, **Jean-Pierre Marguénaud**, Agrégé des Facultés de Droit, IDEDH

➤ Débat:

(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12483-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-d-es-juges-elements-dactualite-premier-debat/>)

➤ 16h00 : Les nouvelles perspectives du juge judiciaire
(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12484-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-d-es-juges-elements-dactualite-les-nouvelles-perspectives-du-juge-judiciaire/>)

Jean-Baptiste Perrier, Professeur de droit privé, Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (équipe associée 4690)

➤ 16h15 : Les limites du référé-liberté (<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12485-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-des-juges-elements-dactualite-les-limites-du-refere-liberte/>)

Olivier Le Bot, Professeur de Droit Public, Université Aix-Marseille, Institut Louis FAVOREU-GERCJC

➤ 16h30 : L'approche ambivalente du Conseil constitutionnel
(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12486-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-d-es-juges-elements-dactualite-lapproche-ambivalente-du-conseil-constitutionnel/>),

Julien Bonnet et Pierre-Yves Gahdoun, Professeurs de droit public, Université de Montpellier, CERCOP

➤ 16h45 : La réforme législative du contentieux des conditions de détention : vers quelle effectivité du nouveau recours ? (<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12487-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-des-juges-elements-dactualite-la-reforme-legislative-du-contentieux-des-conditions-de-detention-vers-quelle-effectivite-du-nouveau-recours/>),

Julia Schmitz, Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole, IMH

➤ Débat:

(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12488-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-des-juges-elements-dactualite-second-debat/>)

➤ Conclusions:

(<https://video.umontpellier.fr/faculte-de-droit-et-de-science-politique/video/12489-les-conditions-dincarceration-sous-le-controle-des-juges-elements-dactualite-conclusions/>),

Xavier Bioy, Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, IMH

VIII- HOMMAGES

- **Lettre hommage au Professeur Pierre-Henry PRELOT, par Stéphane PINON, 25/02/2021.**



Aujourd'hui, le jeudi 25 février, se déroulent à l'église Saint Maclou de Conflans Sainte-Honorine les obsèques d'un grand professeur de droit public, d'un grand constitutionnaliste, d'un grand spécialiste de l'histoire des idées politiques et du droit des religions... mon ami **Pierre-Henry Prélot**.

À mes yeux il était « grand », dans tous ces domaines, et bien au-delà. Il portait mal le costume, avait une stature massive, de larges mains puissantes, celle des campagnes de la Franche-Comté, et pourtant je le voyais comme un *aristocrate*. Plus encore aujourd'hui.

Au printemps 2003, après la qualification, je partais à la chasse au poste de Maître de conférences. L'itinéraire passait par la ville de Cergy-Pontoise. Lors de l'audition, il fut le seul à m'embêter un peu, sur une référence faite dans ma thèse à Michel Debré. Un lien que j'établissais, et sur lequel il nourrissait des doutes. Mais le ton restait élégant. J'appris par la suite, une fois recruté dans cette belle Université, que la bataille fut très rude entre deux camps : ceux qui voulaient Pinon, et ceux qui

préféraient un spécialiste du droit anglais. Ce qui répondait aussi à un besoin. Pierre-Henri appartenait au camp d'en face. La délibération qui suivit les auditions, interminable, très conflictuelle m'a-t-on raconté, laissera des traces entre mes futurs collègues.

De retour dans les murs de l'Université, quelques semaines plus tard, je retrouvais cet homme face à moi, dans le couloir étroit du 3^{ème} étage. Là où se trouve la longue enfilade des bureaux. *« Enchanté monsieur Pinon. Moi c'est Pierre-Henri Prélôt... Vous savez, j'ai beaucoup apprécié votre thèse... vous parlez à de nombreuses reprises de mon grand-père que vous connaissez très bien. On ne le cite plus beaucoup aujourd'hui... »*. Et nous avons ainsi fait connaissance, dans une complicité presque immédiate. *« Vous venez de Lyon... ah ! votre épouse est du Jura. C'est aussi ma région... »*. Enveloppé par son coffre de voie, j'éprouvais, dans ce vilain couloir, un sentiment de confort. Ses responsabilités étaient nombreuses, notre échange prendrait fin d'un moment à l'autre. J'y songeais et ne le souhaitais pas. *« Alors si vous en êtes d'accord, je propose d'écrire une recension de votre thèse. Comme Doyen, le temps de la recherche est limité, ça me remettra dans le bain »*. *« On se revoit bientôt alors... »*. Et il repartit à ses occupations. La classe ! La recension paraîtra l'année d'après, dans les colonnes de la *Revue française d'Histoire des idées politiques* : presque dix pages, vingt-huit notes, le fruit d'un réel travail.

À la rentrée de septembre, m'attendait le cours de première année en droit constitutionnel. En réalité, la promotion de première année était scindée en deux groupes : 600 élèves du tronc commun, en amphi Larousse, avec Monsieur Prélôt, et 400 élèves, pour la plupart du cursus droit-langue, en amphi Scelle, avec le nouvel enseignant. J'ai pris ce service – de « professeur » me disait-on – avec enthousiasme. Mais avec de plus en plus d'appréhension au fil du temps. Un amphi bondé, dans le « 9-5 », une Faculté à la culture encore inconnue... Avant la coupure de l'été, début juillet, nous avons eu l'occasion de nous croiser une nouvelle fois. Sans trop oser, je lui ai confié qu'il s'agissait d'un sacré défi à relever pour la rentrée ! Peut-être que d'avoir quelques « tuyaux », surtout pour ce CM de première année, me serait utile... *« Ecoutez, là je n'ai pas beaucoup de temps. Mais je vous donne mon numéro de téléphone. Surtout n'hésitez pas »*.

Dans ce cas, je vous appellerai fin août, au retour des vacances. « *À cette période je suis encore dans notre maison de famille à Sainte-Cécile, dans le Vaucluse, et les portables passent mal. Je vous donne mon fixe là-bas...* ». La classe, une fois de plus.

Hors de question, me suis-je dit alors, de le déranger en famille. Et puis les interrogations sur le montage du cours, sur le rythme de la prise de note, sur la ponctualité des étudiants, et bien d'autres à l'époque, n'ont cessé de croître. J'ai finalement appelé, vers le 25 août... après avoir pris plusieurs belles respirations. Il s'agissait tout de même de l'ancien doyen, de l'ancien vice-président de l'Université, le professeur Prélôt, de douze ans mon aîné. Une voie féminine très douce m'a répondu. « *Ah oui, Stéphane Pinon, mon mari m'a parlé de vous. Il est en ce moment en pleine sortie vélo. D'ailleurs il aurait dû rentrer depuis un moment... Appelez demain, il sera là* ». Le lendemain, nous avons passé pas loin d'une heure au téléphone. Après avoir su habilement dégonfler mes dernières pointes d'anxiété, nous avons parlé de la région, que je connaissais bien, et du vélo, que je pratiquais beaucoup. « *Vous avez déjà grimpé le Mont Ventoux ?... En fin de vacances chaque année, une fois entraîné, je fais l'escalade, à mon rythme...* ».

L'année suivante, alors que nous étions passé depuis longtemps au tutoiement, et qu'une vraie complicité était née, nous faisons l'escalade ensemble. Un magnifique souvenir ! Il y en aura plein d'autres pendant mes sept années à Cergy-Pontoise... Il m'attendait à la gare d'Avignon accompagné de son épouse. Nous sommes passés par Orange ; il voulait me montrer le fameux théâtre. Le soir, nous avons mangé en famille, ces quatre enfants étaient là (Charles, Antoine, Amélia et Blaise). Il a fallu redistribuer les chambres... l'invité a eu la plus confortable. Un aristocrate, jusqu'à la fin du séjour. Un aristocrate pétri d'humour. Celui que j'aime, qui fait mouche... pas l'humour parisien. Et avec ce cocktail de gentillesse, d'humour, de modestie, de culture inouïe, on a incontestablement la trempe des grands. Par la suite, et sur le plan scientifique, on partagera aussi un Colloque et un ouvrage sur Adhémar Esmein. Rendre ainsi un hommage critique à un « maître » de la discipline, il en était fier je crois.

Une amitié était née. Franche et pudique à la fois. Sans doute plus prégnante de mon côté, car teintée d'une grande admiration. Admiration pour le juriste, qui va naître au fil du temps ; admiration pour l'homme, qui fut presque immédiate.

Pour *l'homme*, en raison de ses multiples richesses : liées à son expérience de vie, dans et en dehors de l'Université, liées à sa connaissance de la culture allemande, à la richesse de son éducation, à cet univers de beaux livres hérités de son grand père (une grande pièce de murs couverts, à l'étage de sa maison de Conflans Sainte-Honorine). Avec Corinne, il était riche de cette parfaite harmonie de famille qu'ils avaient su façonner. Richesse aussi de cet engagement dans la vie universitaire, sur tous les terrains. Et à chaque fois, avec la même gentillesse pour les gens honnêtes : étudiants, personnel administratif, chargés de TD, jeunes collègues... Sans éprouver le besoin de mettre des talonnettes ou de jouer la hiérarchie statutaire. Les « grands » nous l'imposent naturellement. Ses équipes de chargés de TD, souvent pléthoriques, pourront en témoigner. Il savait aussi avoir la dent dure, pour les autres, ceux à la méchanceté vipérine. On en croise parfois. Ces « non-valeurs » aurait dit Jean Paul-Sartre dans *Les chemins de la liberté*. Pierre-Henri était un homme de valeur, à l'ancienne j'ai presque envie de dire. La posture du mandarin contemplant sa petite cour et ses acquis, ça n'était pas son truc. Trop de doutes sur lui-même pour éprouver de la suffisance. « *Suffisant mais pas nécessaire* », comme on aimait plaisanter.

Il préparait avec minutie ses cours, ceux de première année étaient ses préférés. Les étudiants le lui rendaient bien. Je le revois, dans son bureau, découper et coller, pour remodeler avec soin ses fiches de travaux dirigés. Content, aujourd'hui, d'en avoir gardé des exemplaires (... dans ma vieille pochette « Cergy »). Respecter ses étudiants implique de veiller sur leur progression. Pierre-Henri passait une dizaine de jours sur les doubles corrections. Toutes les copies étaient relues. Je pris modèle. Il donnait un sujet aux étudiants ; il s'imposait de leur exposer derrière une correction très détaillée. Toujours « *vérifier que le devoir donné est réalisable* » disait-il. En somme, il s'engageait volontairement dans un formidable travail de l'ombre ; celui qui ne représente jamais une ligne sur un CV, jamais un satisfécit

pour une promotion. Mais Pierre-Henri ne travaillait pas pour épater la galerie. Il travaillait surtout par goût du don, pour aider l'autre.

Maryse Deguergue ne s'y était pas trompée. Elle le jugera indispensable dans son équipe, en 2015, au moment de composer le jury d'agrégation. Il est vrai que nous avons tous pu observer avec quelle méthode – mêlant rigueur intellectuelle et honnêteté – il préparait ses rapports lors de ses huit années au CNU. Sans jamais céder à la tentation des coteries. Un modèle là encore. Je l'ai même vu être longtemps lanciné par un souvenir : celui d'une candidate qu'il disait avoir peut-être mal évaluée. « *Elle doit m'en vouloir* ». Elle passera finalement l'année suivante et obtiendra le Concours dans la foulée.

Après l'homme, c'est aussi le *juriste* qui mérite l'admiration. Ce chapitre est immense, on ne fera que l'effleurer ici. Un constat s'impose : « scientifiquement », il ne fut pas apprécié à sa juste valeur. Trop de modestie sans doute. Peut-être aussi sa foi catholique, qui n'était plus trop dans l'ère du temps... les « laïcards » ont toujours tendance à brandir des suspicions. Et pourtant quel esprit d'ouverture ! L'athée que je suis peut en témoigner. Un grand spécialiste du droit des libertés (voir la finesse de son manuel, *Droit des libertés fondamentales*, chez Hachette) ; un défenseur de la loi de 1905 – dans la lecture voulue par Aristide Briand – qu'il connaissait mieux que quiconque ; de magistrales études sur la dissimulation du visage dans l'espace public etc. Il possédait de l'épuisement de l'idéal républicain unitaire une vision lucide, avec une maîtrise pionnière des penseurs canadiens du communautarisme. Selon moi, Pierre-Henri avait perçu que la greffe du pluralisme juridique deviendrait, en France, inéluctable.

Sa connaissance de l'histoire constitutionnelle et républicaine française, héritage d'une longue filiation familiale, me fascinait. Il aura même écrit, après Burdeau en 1959, l'une des analyses les plus pénétrantes de notre régime (voir sa contribution dans l'ouvrage collectif, *Les 50 ans de la V^e République*, 2008).

Aucune inquiétude malgré tout, pendant que des étoiles auto-proclamées seront bien vite oubliées, lui connaîtra une gloire posthume. Carlos Miguel Herrera, son ami de toujours, me dit que

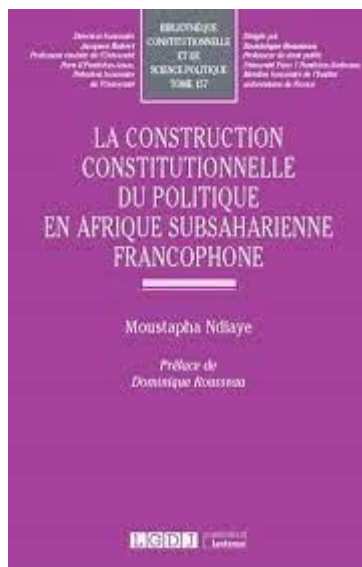
les témoignages de reconnaissance affluent, que les collègues veulent lui rendre un hommage scientifique. De son vivant, il aurait probablement trouvé la démarche disproportionnée. Comme il n'est plus là, il ne faudra pas se gêner.

En février 2018, en période de rémission, il a eu ces phrases dans un courrier : « *On fait un métier qui secrète de la frustration et des souffrances à haute dose, nous en avons tous notre lot et moi le premier. De ce point de vue la maladie est une chance, tout cela passe au second plan et fait comprendre l'important, c'est-à-dire les amis qui continuent à vous écrire et la famille (...) Tu as eu la gentillesse de te soucier de moi lorsque j'étais dans la peine, alors maintenant c'est à moi de t'écrire. J'aurais dû le faire plus tôt, mais je suis superstitieux, et j'ai toujours un peu peur de dire trop tôt aux gens que ça va mieux...* ».

Pierre-Henri était bien de la trempe des très grands, un aristocrate à mes yeux.

IX - LES OUVRAGES ET CHRONIQUES DU CERCOP

- **Moustapha NDIAYE, "La construction constitutionnelle du politique en Afrique subsaharienne francophone", L.G.D.J, 13 juillet 2021, Tome 157, 544 p.**



➤ **Résumé :**

La construction constitutionnelle du politique en cours en Afrique subsaharienne francophone est le résultat d'une volonté historique : la colonisation européenne. Après la décolonisation, l'injonction du discours de la mission civilisatrice est formellement suivie puisque les Constitutions africaines francophones, qui imitent la Constitution française, consacrent le modèle français de l'Émanation démocratique. Mais l'institutionnalisation de l'Émanation démocratique est globalement infructueuse. L'application du modèle unitaire de l'Émanation démocratique va généralement engendrer des conflits intercommunautaires, soit pour le contrôle du pouvoir au sein de l'Émanation (par la lutte armée ou par la loi de la majorité démocratique), soit pour se séparer de l'Émanation. Les amendements jusque-là apportés n'ont pas réussi à résorber la crise du politique parce qu'ils s'inscrivent toujours sous le paradigme constitutionnel du modèle unitaire de l'Émanation démocratique (nation monocommunautaire et État-unitaire), ignorant ainsi un élément

déterminant du fait politique subsaharien à savoir l'identité collective précoloniale ou ethnique.

Dès lors, comme cela s'est fait dans d'autres pays (Belgique, Canada, Espagne, Éthiopie, etc.), la résolution de la crise du politique dans les pays subsahariens pourrait trouver une voie dans l'adoption d'un modèle constitutionnel pluralitaire, c'est-à-dire la reconnaissance de la pluralité communautaire constitutive de la nation (nation pluricommunautaire) à laquelle correspondrait une forme pluralitaire du pouvoir politique (État fédéral, État régional ou Fédération démocratique).

Moustapha NDIAYE est maître de conférences de droit public à l'Université Assane Seck de Ziguinchor au Sénégal.

- Zérah BREMOND, "Le territoire autochtone dans l'État post-colonial, Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique", Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Tome 202, 804 p., 6 juillet 2021, avec la préface de Jordane ARLETTAZ, Professeur à l'Université de Montpellier.



➤ **Prix 2019 de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Montpellier.**

➤ **Résumé :**

Si l'État moderne s'est constitué par un processus d'unification de sa souveraineté territoriale, celle-ci doit aujourd'hui être repensée eu égard aux potentielles contestations pesant sur le territoire. Cette situation est particulièrement prégnante dans les États issus de la colonisation et au sein desquels l'indépendance n'a pas nécessairement remis en cause le lien de subordination des peuples colonisés aux peuples colonisateurs. Faisant perdurer une situation de domination largement condamnée sur le plan international compte tenu de la proclamation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ce phénomène de décolonisation partielle pose inévitablement question du point de vue de la théorie de l'État. En effet, cela conduit à opposer d'un côté, un modèle étatique d'inspiration européenne aspirant à la

souveraineté territoriale et de l'autre, des peuples autochtones entretenant une revendication vis-à-vis de ce même territoire, fondée sur l'illégitimité originelle de la conquête dont sont finalement issus ces États. Ainsi, la réhabilitation de la vérité historique et la condamnation plus ou moins unanime de la colonisation a pu conduire à ce que les peuples autochtones soient rétablis dans leurs droits territoriaux. Ce faisant, le droit qu'ont les États sur le territoire ne peut désormais s'exercer sans tenir compte des privilèges originels dont ils sont susceptibles de jouir. En conséquence, une telle démarche peut conduire à la remise en cause de la souveraineté territoriale de ces États puisqu'ils ne disposent plus d'une puissance absolue et inconditionnelle sur leur territoire, mais bien d'une autorité conditionnée par le respect des droits des peuples autochtones, dimension alors largement confirmée par le développement d'un droit international des peuples autochtones. Ce phénomène, qui caractérise les États issus des colonisations britannique et hispanique peut conduire à voir émerger une catégorie particulière d'État que représente l'État post-colonial.

➤ **Pour en savoir plus sur l'auteur :**
<https://blogdudroitelectoral.fr/cv-zerah-bremond-2/>

Zérah Brémond poursuit aujourd'hui ses recherches sur le droit des peuples autochtones qu'il enseigne en master à l'Université Paris-II. Outre l'étude des droits étrangers et internationaux, ses travaux l'ont conduit à développer une spécialité en droit de l'outre-mer français.

- **Eric SALES, "La Turquie, un Etat de droit en question", L'Harmattan, janvier 2021, 230 p.**



La Turquie s'affiche clairement comme un "Etat de droit" en l'affirmant expressément dans son droit constitutionnel. Au-delà de la déclaration de principe, la signification qui lui est donnée doit être mise en perspective avec la pratique politique et institutionnelle.

Certaines réformes constitutionnelles ont pu donner le sentiment que la Turquie avançait vers l'Europe avant, depuis et après le lancement officiel du processus d'adhésion à l'Union européenne. Depuis une dizaine d'années, les changements constitutionnels à l'œuvre donnent l'impression d'une très nette détérioration de l'Etat de droit.

Ces bouleversements sont étudiés dans le cadre d'une réflexion inédite : remise en cause de la laïcité, recomposition politique du Haut conseil des juges et des procureurs ainsi que de la Cour constitutionnelle, changement de régime politique - en pleine période d'état d'urgence - au bénéfice exclusif du Président de la République, restriction importante et souvent abusive de la liberté d'expression, sans oublier les nombreuses dérives observées

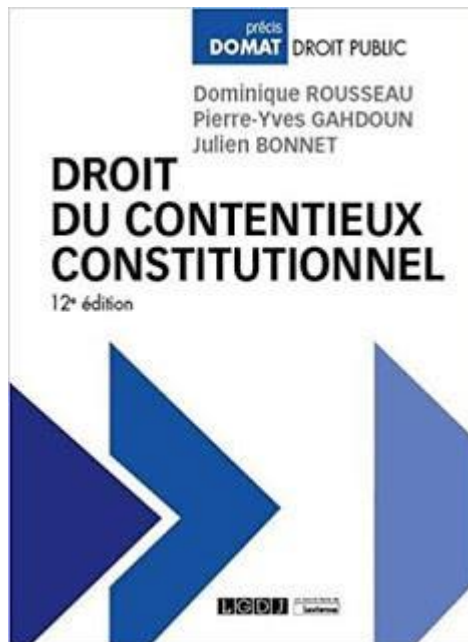
après la dernière tentative de coup d'état avec une purge massive dans l'armée, la fonction publique, l'université ou encore au sein de la magistrature et la fermeture d'organes de presse ou de télévision.

Eric SALES est Maître de conférences de droit public, HDR, à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, CERCOP. Il a enseigné à la Faculté de droit de l'Université de Galatasaray entre 2006 et 2013.

➤ **Exclusivité** : En supplément, l'auteur propose aux lecteurs du blog du CERCOP de découvrir la Constitution turque de 1982 traduite en français et à jour des dernières révisions constitutionnelles :

https://drive.google.com/file/d/1weMaQo9TwSBfPVFdEPCo_PMVJz5F-tCv/view?usp=sharing

- **D. ROUSSEAU, P-Y GAHDOUN, J. BONNET, Droit du contentieux constitutionnel, L.G.D.J., 12ème édition, octobre 2020, 1040 p.**



Le Conseil constitutionnel est devenu, en soixante ans, l'institution clé du système constitutionnel français qu'il a, au demeurant, puissamment contribué à transformer. A l'Etat légal fondé sur la souveraineté de la loi a succédé l'Etat de droit fondé sur la souveraineté de la Constitution ; à la Constitution simple organisation des pouvoirs a succédé la Constitution charte des droits et libertés ; à la démocratie électorale a succédé la démocratie constitutionnelle.

Avec la question prioritaire de constitutionnalité, la QPC, une nouvelle ère s'ouvre. La Constitution devient la « *chose commune* » ; tout justiciable peut se servir de la Constitution ; tous les juges sont associés à sa protection ; tous les droits, privé et public, y trouvent leurs principes fondateurs.

Cet ouvrage a pour objet de proposer une connaissance du Conseil constitutionnel, de ses origines, de ses méthodes de jugement, de sa jurisprudence, de sa place dans le système juridictionnel et, finalement, de son rôle dans la définition d'une nouvelle idée de la démocratie.

Dominique ROUSSEAU est professeur à l'Université Paris 1, président du Tribunal constitutionnel d'Andorre, président du conseil scientifique de l'Association française de droit constitutionnel et membre du comité de rédaction de la Revue du droit public. Il a été membre du Conseil supérieur de la magistrature de 2002 à 2006.

Pierre-Yves GAHDOUN est professeur à l'Université de Montpellier.

Julien BONNET est professeur à l'Université de Montpellier.

- « **QPC et économie** », sous le responsabilité scientifique de Pierre-Yves GAHDOUN, Professeur à l'Université de Montpellier, CERCOP et de Guylain CLAMOUR, Professeur à l'Université de Montpellier, CREAM, in Titre VII [en ligne], Hors-série, QPC 2020 : "*les dix ans de la question citoyenne* », octobre 2020



"Un premier chiffre : il est ressorti de nos enquêtes que la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel représente près du tiers des décisions rendues dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution (31,3 %), soit 228 décisions sur un total de 728 décisions QPC (à la date du 1^{er} décembre 2019).

Comment appréhender cette masse jurisprudentielle, et plus largement comment analyser les rapports entre la QPC et l'économie ?

À l'issue de nos réflexions et de nos discussions, il nous a semblé qu'un élément essentiel caractérisait la relation entre la QPC et l'économie : cette relation produit des échanges « *dans les deux sens* », elle est réciproque, mutuelle, et non exclusivement de l'un vers l'autre.

D'un côté, en effet, la *QPC influence l'économie* par l'intervention du Conseil constitutionnel et des juges du filtre sur des questions économiques lors des affaires QPC. Cette intervention peut être directe et brutale en cas d'abrogation d'une disposition « *économique* », car dans ce cas le procès QPC entraîne dans son sillage un bouleversement immédiat de l'état du droit en la matière. Elle peut être plus indirecte lorsque le Conseil corrige ou

modifie sa jurisprudence sur les questions économiques, influençant alors l'action du législateur et des opérateurs économiques, ou lorsqu'il adopte des réserves d'interprétation visant à guider les autorités d'application dans la mise en œuvre de la législation. Pour mesurer avec justesse cette influence de la QPC sur l'économie, il nous a d'abord semblé nécessaire d'étudier en détail la réalité de cette influence, par des données quantitatives (taux de censures, nombre et nature des réserves, interventions extérieures...), et d'observer dans les différents secteurs de l'économie l'ampleur de ce changement - en droit des sociétés, en droit de la régulation, en droit de la propriété... Mais cette analyse de l'influence de la QPC sur l'économie ne pouvait se contenter d'une étude du présent, du réel ; il fallait aussi, pour apprécier les perspectives d'évolution, recenser les potentialités de cette influence dans des domaines encore peu explorés par les requérants, dont rien ne garantit qu'ils resteront à l'abri des QPC dans les années à venir (notamment dans le droit de la commande publique).

Réciproquement, *l'économie influence la QPC* sur de nombreux aspects. Cette influence se traduit d'abord par la question du coût de la QPC pour les citoyens. Le choix de recourir ou non à une procédure contentieuse dépend en effet -- à un degré variable selon les justiciables -- des frais liés à l'utilisation de cette procédure, notamment les frais d'avocat. La QPC peut apparaître plus ou moins accessible, plus ou moins démocratique, en fonction de son « prix » pour les requérants. Nous avons ainsi tenté, avec différentes méthodes d'investigation, d'évaluer ce prix de la QPC, afin de déterminer si et dans quelle mesure cet instrument contentieux peut être considéré comme « cher » ou au contraire « *abordable* ». La science économique influence également la QPC par les outils d'analyse qu'elle propose, en particulier « *l'analyse économique du droit* » qui permet une approche originale du mécanisme. Le rapport contient ainsi, dans ses dernières pages, une « analyse économique de la QPC » - avec un parfum sans doute plus théorique, mais qui n'en reste pas moins essentiel pour déchiffrer certains aspects de la relation entre l'économie et la QPC.

Durant toute la durée du projet, l'équipe de chercheurs a tenté d'éprouver cette « *double* » relation afin de la mesurer et d'en

tirer les informations permettant de mieux comprendre la relation entre la QPC et l'économie".

➤ **Pour lire le rapport de synthèse**
: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/qpc-et-economie> **ou découvrir l'étude complète**
: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2020-10/202010_qpc2020_synthese_montpellier.pdf

- **Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique ROUSSEAU, « Constitution, justice, démocratie », LGJD, 2020, 1120 p.**



➤ **Résumé :**

Depuis près de quarante ans, Dominique Rousseau diffuse sans relâche, par ses écrits et ses enseignements, une pensée constitutionnelle riche et rigoureuse tout en affichant une réelle adhésion aux principes et aux valeurs de la démocratie libérale. À l'heure où celle-ci traverse l'épreuve de la montée des populismes, il figure toujours parmi les grandes plumes et les voix les plus influentes du droit constitutionnel pour défendre et sauvegarder l'héritage et l'esprit du constitutionnalisme issu de la philosophie des Lumières.

Après avoir longuement enseigné à Montpellier où il fonda le Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), il est désormais professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il a dirigé ces dernières années l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS). Le sillon qu'il a creusé tout au long de son parcours a pleinement contribué à renouveler, à la faveur de la montée en puissance de la justice constitutionnelle en France et en Europe, notre regard sur le droit constitutionnel. Membre honoraire de l'Institut Universitaire de France et du Conseil supérieur de la magistrature, président du Tribunal constitutionnel d'Andorre, il a concilié sa réflexion académique et théorique avec

un engagement sincère au service des institutions garantes de l'État de droit.

Dominique Rousseau méritait naturellement que sa carrière fût couronnée par un ouvrage collectif dédié à ces trois notions essentielles qui font battre le cœur des sociétés ouvertes : la Constitution, la justice et la démocratie. Ses collègues et amis ont tenu à le souligner en contribuant à la rédaction de ces Mélanges.

➤ **Avec les contributions de** H. Abbassi, J. Arlettaz, F. Balaguer, J. Bell, Y. Ben Achour, J. Benetti, G. Bergougnous, X. Bioy, P. Blacher, S. Bolle, J. Bonnet, D. Breillat, L. Burgorgue-Larsen, M. Cadelli, J.-P. Camby, G. Canivet, O. Cayla, C. Chabrot, V. Champeil-Desplats, M. Chemillier-Gendreau, G. Clamour, M. Clapié, L. C. Coni, L. Coutron, C. Cyteval, F. Delperee, J.-M. Denquin, M. Disant, L. Dolibea, T. Ducharme, X. Dupré de Boulois, J. Favre, L. Fontaine, O. de Frouville, P.-Y. Gahdoun, J.-J. Gandini, Y. Gaudemet, M.-L. Gély, J. Gicquel, J. Guin, J. C. Henao, F. Hourquebie, P. Idoux, P. Jan, S. Josso, J.-F. Lachaume, A. Levade, D. Ludet, J.-P. Machelon, X. Magnon, W. Manssouri, B. Mathieu, T. Meindl, F. Meledje, F. Mélin-Soucramanien, F. Melleray, G. Merland, M. Miaille, H. Oberdorff, P. Pasquino, T. Passos-Martins, H. Pauliat, S. Pierré-Caps, A. Ponselle, F. Malhière, A. Manidakis, W. Mastor, A. Ndiaye, M. Ndiaye, R. Pellet, V. Pereira da Silva, M. Philip-Gay, X. Philippe, S. Pinon, C. Richaud, A. Roblot-Troizier, M. Rosenfeld, J. Rossetto, A. Rouyère, D. Salas, É. Sales, S. Salles, F. Savonitto, G. Scoffoni, F. Sudre, J.-J. Sueur, P. Terneyre, M. Troper, M. Ubaud-Bergeron, J.-J. Urvoas, M. Verdussen, G. de Vergottini, M. Verpeaux, A. Viala, M. Vivant, H. Yamamoto

- Marine HAULBERT, « *L'interprétation normative par les juges de la QPC* », Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 193, juillet 2020, 1134 p.



➤ **Prix de l'Académie française de la Fondation Viard, Prix Bazille de l'Académie de législation**

➤ **Préface d'Alexandre Viala et Dominique Rousseau.**

➤ **Résumé :** L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) conduit à repenser les rapports entre les juridictions suprêmes : Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'État. Elle met aussi en lumière les spécificités de la fonction de juger - et notamment l'exercice, par le juge, de son pouvoir d'interprétation.

En créant un lien direct entre les trois juridictions suprêmes, la QPC brouille les frontières de leurs compétences respectives et les place dans une situation d'interdépendance qui impacte directement l'étendue et l'exercice de leur pouvoir herméneutique. La QPC s'avère donc être le vecteur - c'est-à-dire à la fois le support, et le révélateur - d'une concurrence très vive entre les interprètes. De ce fait, il n'est pas possible de considérer qu'un juge détient le « dernier mot » pour l'attribution d'un sens à la loi ou à la Constitution - ces deux textes étant conjointement et simultanément interprétés par l'ensemble des juges du système. Le contrôle de constitutionnalité a posteriori met ainsi en lumière

l'existence d'un processus interprétatif à la fois continu et inachevé. L'étude de ce contentieux permet donc de mieux comprendre le travail herméneutique effectué par le juge - en donnant l'occasion de forger le concept d'interprétation normative.

- Deuxième chronique de l'équipe de droit constitutionnel comparé du CERCOP, à découvrir à la RDLF

Par Jordane ARLETTAZ, Professeur de droit public, Université de Montpellier, CERCOP, Zérah BREMOND, Docteur en droit, Enseignant-chercheur contractuel, Université Grenoble Alpes, CRJ, Yann GBOHIGNON DOUE, Doctorant vacataire, Université de Montpellier, CERCOP et Alice MAURAS, Doctorante, Université de Montpellier, CERCOP :

«Chronique de droit constitutionnel comparé 2020 - Les exclus du droit de vote ou les nouveaux enjeux de la citoyenneté», RDLF 2021 chron. n°01 :

<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-2020-les-exclus-du-droit-de-vote-ou-les-nouveaux-enjeux-de-la-citoyennete/>

X – PRIX ET SOUTENANCES

- Prix de thèse de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, 2021

Mlle **Elsa Kohlhauer**, docteur du CERCOP qualifiée au CNU, a obtenu le prix de thèse de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier pour ses travaux sur le droit politique comme théorie constitutionnelle. Le prix lui a été remis par le Doyen **Guylain Clamour** et le Professeur **Alexandre Viala**.



➤ **Sujet de thèse :** « *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation* », thèse soutenue le 12 décembre 2019.

➤ **Composition du jury :**

- M. **Alexandre VIALA**, Directeur de thèse, Université de Montpellier
- Mme **Manon ALTWEGG-BOUSSAC**, Université du Littoral Côte d'Opale, Rapporteur
- M. **Xavier MAGNON**, Aix-Marseille Université, Rapporteur
- M. **Jacky HUMMEL**, Université de Rennes I, Examineur

- Mme **Jordane ARLETTAZ**, Université de Montpellier, Examineur

➤ **Mots-clés** : Constitutionnalisme, Institutionnalisme, Théorie de l'Etat, Histoire constitutionnelle.

➤ **Résumé** :

Le droit politique est aujourd'hui un mystère. L'expression, qui désignait ce que l'on a désormais l'habitude d'appeler le droit constitutionnel, a déserté les manuels et n'est plus guère employée que pour décrire un temps révolu. Plusieurs auteurs français font toutefois exception et revendiquent au contraire le droit politique comme une façon renouvelée de traiter de la matière constitutionnelle. Ces auteurs se distinguent notamment au sein de la doctrine française par le scepticisme avec lequel ils accueillent le traitement privilégié voire exclusif dont bénéficie actuellement le contentieux constitutionnel. Sans nier le bouleversement que représente l'avènement de la justice constitutionnelle, les auteurs du droit politique valorise une conception institutionnelle, historique et politique du droit constitutionnel. C'est le moyen par lequel ils cherchent à construire une théorie de la Constitution. Le droit politique ne fait cependant pas toujours l'objet d'une définition claire et globale de la part des auteurs qui s'en réclament. Il est certes possible de déceler une cohérence dans l'ensemble des travaux concernés, mais la pensée qu'ils traduisent mérite d'être systématisée, pour mieux faire apparaître l'enjeu doctrinal que revêt l'émergence d'une théorie du droit politique. La cohérence du droit politique s'éprouve d'abord sur le plan ontologique, puisqu'elle propose une définition de la Constitution qui, appuyée sur l'étude du droit positif, en livre une analyse efficace. Les travaux du droit politique portent également en creux une réflexion épistémologique, qui n'offre pas moins de cohérence que d'originalité.

➤ **Thèse** **disponible** **sur** **HAL**
: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02890501/document>

- **Madame Emma GREGO** a soutenu publiquement ses travaux de thèse intitulés : *"Les discours péri-décisionnels des Hautes juridictions françaises. Analyse de la communication numérique officielle au service d'une diplomatie juridictionnelle"*, dirigés par Monsieur Julien BONNET, le **vendredi 18 décembre 2020** à 9h00 dans la salle des Actes de l'Université de Montpellier.

Composition du jury :

M. Julien BONNET, Université de Montpellier Directeur de thèse

M. Matthieu DISANT, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Rapporteur

M. Fabrice HOURQUEBIE, Université de Bordeaux Rapporteur

M. Pierre-Yves GADHOUN, Université de Montpellier Examineur

Mme Pauline TÜRK, Université Côte d'Azur Examinatrice

Résumé :

Nul ne peut ignorer aujourd'hui l'importance de la présence numérique du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. En effet, ces trois Hautes juridictions disposent toutes aujourd'hui d'un site internet officiel et de comptes certifiés sur certaines plateformes numériques tels que Twitter ou Youtube. Il est difficile de faire abstraction, à l'issue de la publication de certaines décisions de justice, du commentaire officiel du Conseil constitutionnel, de la note explicative de la Cour de cassation ou encore des communiqués de presse communs à ces trois Hautes juridictions. En effet, ces outils de communication numérique officielle sont souvent une source d'éclairage pour saisir le sens et la portée de la décision commentée. Pour autant, ils échappent aux catégories juridiques classiques, car il ne s'agit ni d'une partie de la décision, ni d'une norme. Cette étude cherche ainsi à montrer, en adoptant une approche pluridisciplinaire, que ces outils de la communication officielle, qu'elle nomme « *discours péri-décisionnels* », amplifient le réseau de diffusion des décisions de justice en communiquant sur elles. Plus encore, au moyen d'une diplomatie juridictionnelle, ces discours étendent les canaux de communication officielle et d'influence des Hautes juridictions pour toucher un auditoire au-delà de la communauté juridique.

- Madame **Caroline GILLES** a soutenu publiquement ses travaux de thèse intitulés "Le Conseil constitutionnel et la commande publique", dirigés par Monsieur **Pierre-Yves GAHDOUN**, le vendredi 3 décembre 2021 à 14h dans la salle des Actes de l'Université de Montpellier.

Composition du jury :

M. Pierre-Yves GAHDOUN, Université de Montpellier Directeur de thèse

Mme Hélène HOEPFFNER, Paris 1 Panthéon-Sorbonne Rapporteuse

M. Julien MARTIN, Université de Bordeaux Rapporteur

Mme Marion UBAUD-BERGERON, Université de Montpellier
Examinatrice

M. Gabriel ECKERT, Université de Strasbourg Examineur

M. Frédéric LOMBARD, Aix-Marseille Université Examineur

Résumé :

La présence du terme de commande publique dans des décisions du Conseil constitutionnel du début des années 2000 a surpris la doctrine. Pourquoi employer une notion si peu juridique ? L'étude de la jurisprudence révèle que le Conseil constitutionnel a eu recours à ce terme à dessein. Il y a vu une notion permettant de rassembler un ensemble de contrats visant à répondre aux besoins des personnes publiques et de certaines personnes privées, englobant ainsi une variété de contrats tant publics que privés. Il a ensuite consacré l'existence d'un droit commun de la commande publique, afin de rassembler les règles législatives applicables par principe à ces contrats, et a structuré l'ensemble de ce droit sous l'égide d'un principe constitutionnel unique : le principe d'égalité devant la commande publique. Cette prise de position témoigne de la vision contractuelle dont le Conseil constitutionnel dispose des contrats de la commande publique, alors même que cette vision était jusqu'alors discutée. La mise en œuvre de la commande publique permet également de mettre en lumière certaines lacunes propres aux contentieux constitutionnel qui empêchent le développement de la matière et son épanouissement. L'encadrement traditionnel du droit de la commande publique par le biais du pouvoir réglementaire a ainsi limité en grande partie le développement du contentieux constitutionnel. Le processus de filtrage des questions prioritaires

de constitutionnalité joue également un rôle important dans le développement du contentieux constitutionnel de la commande publique. À cet égard, les rôles des juridictions administratives et judiciaires seront examinés et le contentieux constitutionnel sera étudié dans son ensemble.

- Monsieur Amaury **GIRAUD** a reçu le titre de docteur en droit après avoir soutenu publiquement ses travaux de thèse intitulés "Penser le conservatisme à gauche, genèse, passé, actualité et continuités paradigmatiques d'une philosophie politique singulière", dirigés par Monsieur **Eric SAVARESE** et Monsieur **Alexandre VIALA**, le mardi 14 décembre 2021 à 14h dans la salle des Actes de l'Université de Montpellier.

➤ **Composition du jury :**

M. Eric SAVARESE, Université de Montpellier, Directeur de thèse

M. Alexandre VIALA, Université de Montpellier, Co-directeur de thèse

M. Eric DESMONS, Université Paris XIII-Sorbonne Paris Nord, Rapporteur

M. Patrick TROUDE-CHASTENET, Université de Bordeaux, Rapporteur

M. Bruno DAUGERON, Université Paris V-Descartes, Examineur

M. Alexandre DEZE, Université de Montpellier, Examineur

➤ **Résumé :**

Depuis quelques années, une nouvelle forme de pensée critique semble se faire jour du côté de la gauche intellectuelle en France, en Europe et jusqu'aux Etats-Unis. Majoritairement appuyés sur une base analytique de type marxiste, un certain nombre d'essayistes et de personnages publics tentent, travaux après travaux, discours après discours, d'élaborer une lecture du monde qui mobilise, à beaucoup d'égards, les caractéristiques d'une idéologie conservatrice. Pour tenter de comprendre et d'explicitier les mécanismes qui animent cet hypothétique "mouvement", mais aussi d'en retracer l'itinéraire historique et philosophique, nous nous appuierons sur de nombreux auteurs comme Charles Péguy, Simone Weil, George Orwell, Michel Clouscard, Pier Paolo Pasolini,

Régis Debray, Jaime Semprun, Christopher Lasch, Jean-Claude Michéa, Paul Ariès, Michel Onfray, Denis Collin, Alain Finkielkraut et bien d'autres encore. Même si la question de l'existence d'une gauche conservatrice sera le fil conducteur de notre étude, il s'agira également de réaliser l'exégèse de l'antilibéralisme conservateur que l'on opposera ici à l'antilibéralisme progressiste.

XI – LES AUTEURS DU BLOG

- Mustapha AFROUKH
- Gohar GALUSTIAN
- Yann GBOHIGNON DOUE
- Marine HAULBERT
- Jade MEYRIEU
- Stéphane PINON
- Karim RAHMOUNI
- Louis-Sami RAMDANI
- Dominique ROUSSEAU
- Eric SALES
- Sylvie SALLES
- Mélissandre TALON
- Hodabalo TCHILABALO
- Leonardo TRICOT SALDANHA
- Alexandre VIALA