

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
L'ESSENTIEL.....	5
I. LA MONTÉE EN PUISSANCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL A EU DES EFFETS AMBIVALENTS SUR LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE DÉMOCRATIE.....	6
A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL	6
B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ.....	6
C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE.....	7
II. FACE À CE POUVOIR RENFORCÉ DES JURIDICTIONS, DE NOUVEAUX MÉCANISMES DE RÉGULATION DOIVENT ÊTRE INVENTÉS	8
A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE	8
B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE.....	8
C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE	9
LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS.....	11
AVANT-PROPOS	15
I. LA MONTÉE EN PUISSANCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL A EU DES EFFETS AMBIVALENTS SUR LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE DÉMOCRATIE.....	19
A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL	20
1. <i>Un juge acteur du processus normatif dont le rôle s'est renforcé au cours des dernières décennies.....</i>	<i>20</i>
2. <i>La montée en puissance du droit international et européen</i>	<i>33</i>
3. <i>La tendance à la pénalisation de la vie politique.....</i>	<i>44</i>
4. <i>Un pouvoir illégitime et sans contrôle ?</i>	<i>48</i>
B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ.....	51
1. <i>Un juge capable de prendre des décisions pragmatiques qui lui sont parfois reprochées</i>	<i>51</i>
2. <i>Une pénalisation parfois spectaculaire mais qui aboutit à peu de condamnations</i>	<i>58</i>
3. <i>Droit européen : des crispations finalement ponctuelles ?</i>	<i>62</i>
C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE.....	66
1. <i>La plupart de ces changements ont été démocratiquement décidés</i>	<i>66</i>
2. <i>Dans les démocraties modernes, le pouvoir de la majorité est limité par l'État de droit</i>	<i>67</i>
3. <i>Ce sont les citoyens qui saisissent le juge : une tension entre la défense des droits de l'individu et la poursuite de l'intérêt général ?.....</i>	<i>69</i>

4. Des excès à corriger pour préserver l'efficacité de l'action publique.....	77
II. FACE À CE POUVOIR RENFORCÉ DES JURIDICTIONS, DE NOUVELLES INSTANCES DE RÉGULATION DOIVENT ÊTRE INVENTÉES	89
A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE	89
1. Améliorer la qualité et l'effectivité des textes	90
2. Sur le droit pénal en particulier	94
3. Sur le droit européen	100
B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE.....	113
1. Séparation des pouvoirs ne signifie pas ignorance mutuelle	113
2. Enrichir le processus de décision juridictionnel	118
3. Favoriser un dialogue interinstitutionnel plus nourri	125
C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE	133
1. Concilier indépendance et reddition des comptes : un office du juge responsable	133
2. Rechercher un meilleur partage entre responsabilité pénale et responsabilité politique	138
3. L'identité constitutionnelle de la France, arme de dissuasion contre d'éventuels empiètements du droit européen.....	141
4. Le pouvoir politique doit reprendre l'initiative en cas de désaccord	146
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LA MISSION D'INFORMATION	155
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR	159
PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À LA COUR DE CASSATION	163

L'ESSENTIEL

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

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

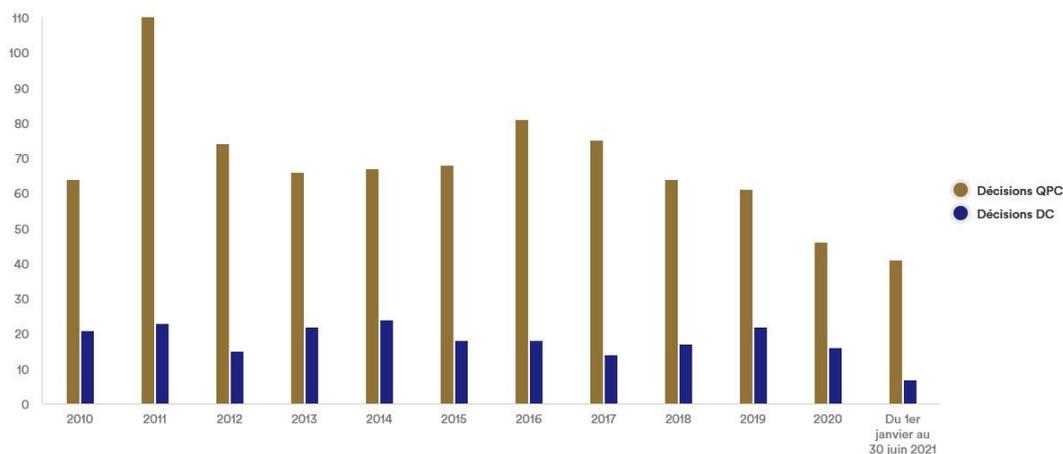
Ce contexte a conduit le Sénat à mettre en place, à la demande du groupe de l'Union centriste, une mission d'information qui a travaillé, pendant trois mois, pour poser un diagnostic précis sur ce phénomène de « judiciarisation » de la vie publique, en évaluer les effets sur notre démocratie et sur la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

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

A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL

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

NOMBRE DE DÉCISIONS DC ET QPC DEPUIS 2010



Source : bilan statistique du Conseil constitutionnel

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

B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ

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

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

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

C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE

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

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

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

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

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

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

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

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

B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE

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

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

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

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

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

C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE

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

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

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

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

LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS

Se saisir pleinement des outils existants

Un meilleur contrôle de la qualité de production normative

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

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

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

Exercer le pouvoir juridictionnel avec retenue

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

Se doter de nouveaux outils de régulation

Un meilleur contrôle de la qualité de la production normative

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

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

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

- 20. Organiser une présentation au Parlement du rapport annuel de la Cour de cassation et du Conseil d'État.**
21. Envisager l'audition des candidats aux fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne par les commissions compétentes du Sénat et de l'Assemblée nationale avant leur nomination.

Exercer le pouvoir juridictionnel avec retenue

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

Questions ouvertes : pistes de réflexion pour l'avenir

Un meilleur contrôle de la qualité de production normative

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

AVANT-PROPOS

Mesdames, Messieurs,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL

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

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

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

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

a) Une extension continue du contrôle du juge

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Un contrôle du juge qui a gagné en intensité

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Voir supra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Ibid.

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

³ Ibid, supra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les référés en droit administratif

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Un pouvoir prétorien du juge consubstantiel à sa mission

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

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

¹ Voir infra.

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

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

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

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

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

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

¹ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

² *Le rôle normatif de la Cour de cassation, étude annuelle, 2018*, consultable à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Etude%20annuelle/Etude%20annuelle%202018%20-%20Le%20r%C3%B4le%20normatif%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

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

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

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

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

⁷ Voir *infra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Contribution écrite complémentaire.

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

Le Conseil constitutionnel et le « bloc de constitutionnalité »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le Conseil Constitutionnel a affirmé qu'il ne lui revenait pas d'assurer, sauf exception, ce contrôle de conventionalité¹, le confiant ainsi aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de Cassation², qui a très vite accepté cette mission, et au Conseil d'État, qui, après avoir exprimé sa réticence, s'est rallié à cette solution³. Cette évolution jurisprudentielle a marqué l'abandon de la théorie de la « loi-écran » par laquelle la loi postérieure au traité faisant écran à ce dernier et s'opposait donc à son application.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

⁷ Contributions écrites complémentaires.

2. La montée en puissance du droit international et européen

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

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

a) Le droit européen irrigue la législation française

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Articles 2 à 6 du TUE.

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

Le droit d'initiative

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Composition de la CJUE et nomination de ses membres

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

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

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

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

¹ Article 258 du TFUE.

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

- contrôler la légalité des actes pris par l'Union européenne, via le recours en annulation. Cette compétence est partagée avec le Tribunal de l'Union européenne. La CJUE est alors un peu dans la position du Conseil d'État vis-à-vis des actes administratifs¹ ;
- veiller au respect de leurs obligations par les États, via le recours en manquement ; la Cour, dans ce domaine, a un pouvoir considérable puisqu'elle peut infliger astreintes et amendes² ;
- enfin, la Cour préserve l'unicité du droit européen, via la question préjudicielle, qui permet aux juges nationaux d'interroger la Cour en cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union³.

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

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

¹ Article 263 du TFUE.

² Articles 258 à 260 du TFUE.

³ Article 267 du TFUE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

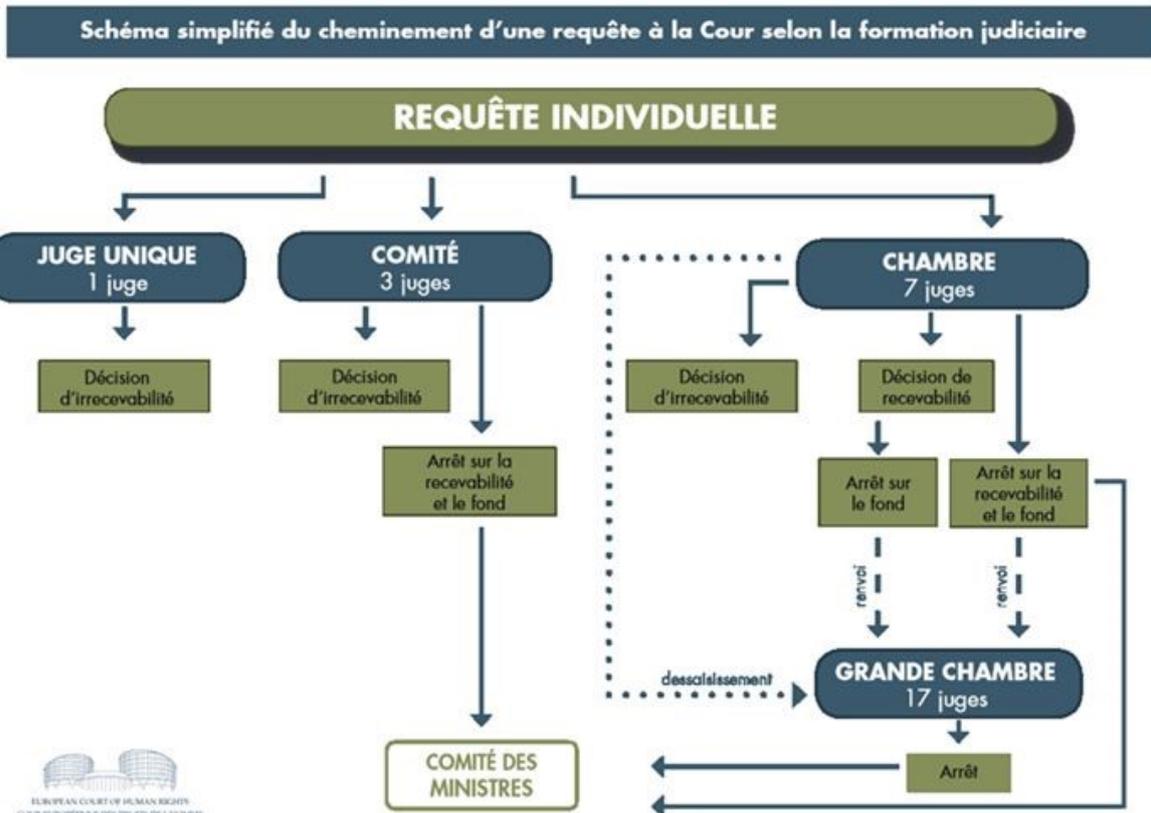
- d'abord, la Convention est le texte de référence du Conseil de l'Europe, organisation internationale créée en 1949 pour assurer la paix sur le continent européen, pilotée par un comité des ministres et une assemblée parlementaire (APCE) composée de délégations de parlementaires nationaux¹ ; le Conseil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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Contribution écrite de Mme Laurence Burgorgue-Larsen.

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

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

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

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

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

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

3. La tendance à la pénalisation de la vie politique

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

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

a) Un phénomène qui a trouvé une nouvelle actualité

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Les éléments propres à cette deuxième vague de pénalisation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Un pouvoir illégitime et sans contrôle ?

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

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

a) Des jurisprudences difficiles à remettre en cause

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

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

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

¹ Cf. la tribune de Jean-Éric Schoettl dans le journal *Le Figaro* du 22 mars 2022 ([Jean-Éric Schoettl: «Du caprice du prince au caprice du juge» \(lefigaro.fr\)](https://www.lefigaro.fr/tribunes/jean-eric-schoettl-du-caprice-du-prince-au-caprice-du-juge-20220322)).

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

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

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

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

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

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

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

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

b) L'interaction des juridictions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Audition du 4 janvier 2022.

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

B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Contributions complémentaires.

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

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

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

- **fichiers** destinés au « *traçage* » des personnes atteintes par la covid-19 ou celles ayant été en contact avec ces derniers, sans le consentement des intéressés² ;

- **régime de sortie** de l'état d'urgence sanitaire³ ;

- **prorogation du régime de l'état d'urgence sanitaire** au terme d'un contrôle de la matérialité de la menace sanitaire et de sa durée prévisible⁴ ;

- subordination de l'accès aux « *grands rassemblements de personnes* »⁵ puis à de **nombreux lieux**⁶, au « *passé sanitaire* » pour limiter la propagation de l'épidémie sans qu'il n'impose ni obligation de soins ni vaccination ;

- subordination de l'accès à certains lieux au « *passé vaccinal* », ces mesures **n'étant pas** « en *l'état des connaissances, manifestement inadéquates au regard de l'objectif poursuivi et de la situation présente* », la loi prévoyant qu'il y est mis fin sans délai dès lors qu'il n'est plus nécessaire, sans qu'il soit considéré comme instaurant une obligation de vaccination⁷.

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

- au placement « *automatique* » à l'**isolement** ;

- à la **rupture anticipée de certains contrats** de travail faute de vaccination⁸ ;

- à l'accès des directeurs d'école au **statut vaccinal des élèves**⁹ ;

- au fait de subordonner l'accès à une **réunion publique** à la présentation du « *passé sanitaire* »¹⁰.

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

² Ibid.

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

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

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

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

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

⁸ Ibid supra.

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

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

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

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

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

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

¹ Voir infra.

² *Ibid*, considérant 43.

³ *Ibid*, considérant 73.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, M. Ion Andronie R. et autre [Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]

⁹ Ordonnance du 3 avril 2020 déjà citée.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Contribution complémentaire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Article 62 de la Constitution.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Organisation et mission de la Cour de justice de la République

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

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

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

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

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

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

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

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

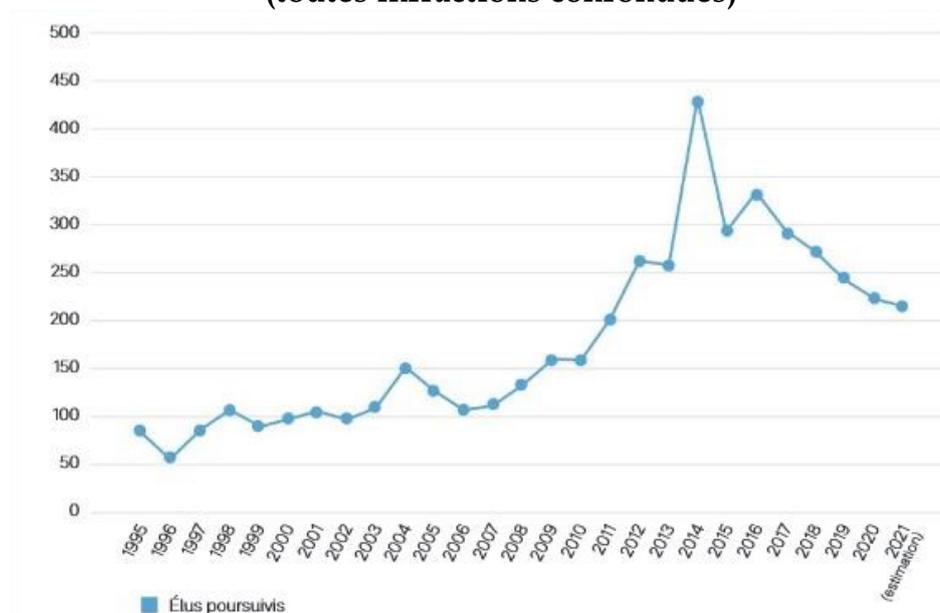
Le ministère de la justice ne dispose pas de statistiques permettant de connaître précisément le nombre de décideurs publics poursuivis ou condamnés.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Droit européen : des crispations finalement ponctuelles ?

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

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

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

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

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

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

Certaines affaires emblématiques peuvent donc rencontrer un écho médiatique qui fausse la perception mais dans son activité quotidienne la

Cour de Strasbourg confirme beaucoup plus souvent qu'elle n'infirme les décisions rendues en France.

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

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

b) Des tensions circonscrites avec la CJUE

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

Il convient d'abord d'évaluer l'ampleur « quantitative » de l'activité jurisprudentielle de la Cour³.

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

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

³ Les données chiffrées mentionnées sont issues du rapport annuel 2020 de la CJUE.

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

L'interprétation du droit européen par la Cour dans un contentieux sur l'interprétation du droit européen étant applicable à l'ensemble des États membres, la France doit être vigilante sur l'ensemble de ces contentieux. Or, le nombre de renvois préjudiciels donnant lieu à une position de la Cour est conséquent (488 en 2020)¹. C'est pourquoi elle effectue une veille systématique des contentieux instruits et indique ses priorités et ses préoccupations à la Cour par de régulières interventions dans le cadre des procédures instruites (en pratique, ce rôle est dévolu à la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, en lien avec le Secrétariat général des affaires européennes).

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

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

Dans un arrêt du 5 mai 2020, estimant que le programme d'achat de titres sur le marché secondaire décidé par la Banque centrale européenne (BCE) et mis en œuvre par les Banques centrales de la zone euro était contraire aux traités pour non-respect des compétences (*ultra vires*), le Tribunal constitutionnel allemand a considéré que « l'interprétation des traités opérée par la Cour de justice (n'était) plus compréhensible, et dès lors, objectivement arbitraire »². En l'espèce, la CJUE était mise en cause pour n'avoir pas suffisamment contrôlé la proportionnalité des mesures décidées par la BCE à l'aune de leurs conséquences sur les États membres. Certes, le litige a été ensuite « purgé » par l'apport de précisions complémentaires par la BCE à la Cour et par des mesures d'apaisement politiques mais il a laissé des traces car il portait sur la légitimité du juge européen.

Ces contestations ponctuelles en France ou en Allemagne sont à distinguer de l'antagonisme frontal, juridique et politique, qui oppose aujourd'hui l'Union européenne et certains États membres, au premier rang desquels la Hongrie, la Pologne et, dans une moindre mesure, la Roumanie,

¹ Dont 317 arrêts, 59 ordonnances à caractère juridictionnel et 112 autres ordonnances.

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

dans le domaine des droits fondamentaux. L'Union européenne endosse désormais un rôle de protection de ces droits avec la mise en place, en 2020, d'un suivi de l'État de droit dans chaque État membre par la Commission européenne ou l'instauration d'un mécanisme conditionnant l'octroi des fonds européens aux États membres à leur respect préalable dudit État de droit.

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

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

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

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

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

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

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

C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE

1. La plupart de ces changements ont été démocratiquement décidés

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'État de droit

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

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

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

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

² Audition du 15 février 2022.

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

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

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

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

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

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

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

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

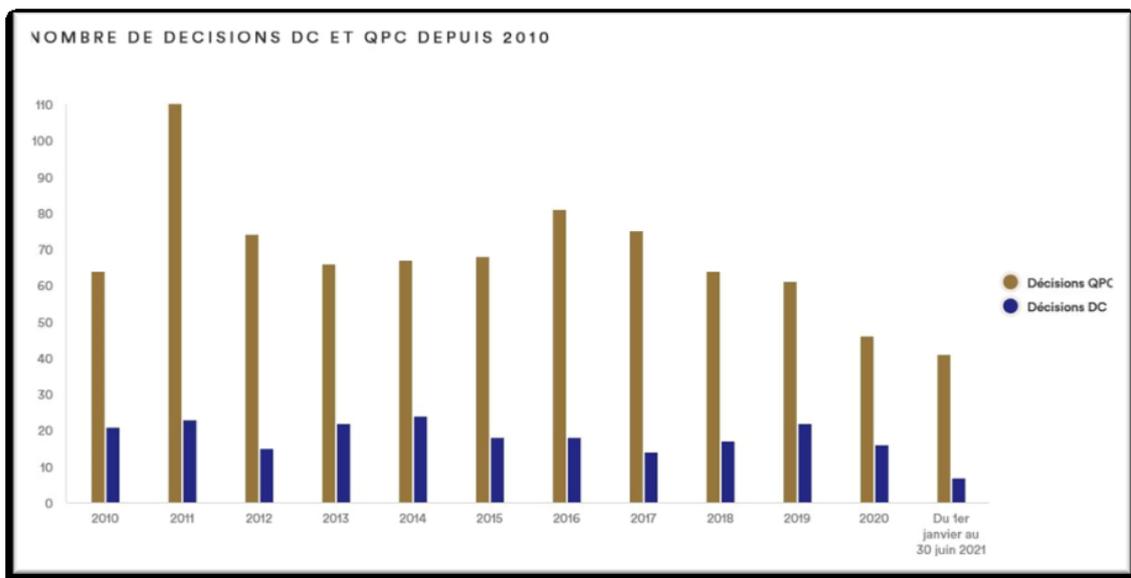
a) Une activité soutenue des juridictions

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

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

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

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



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

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

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

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

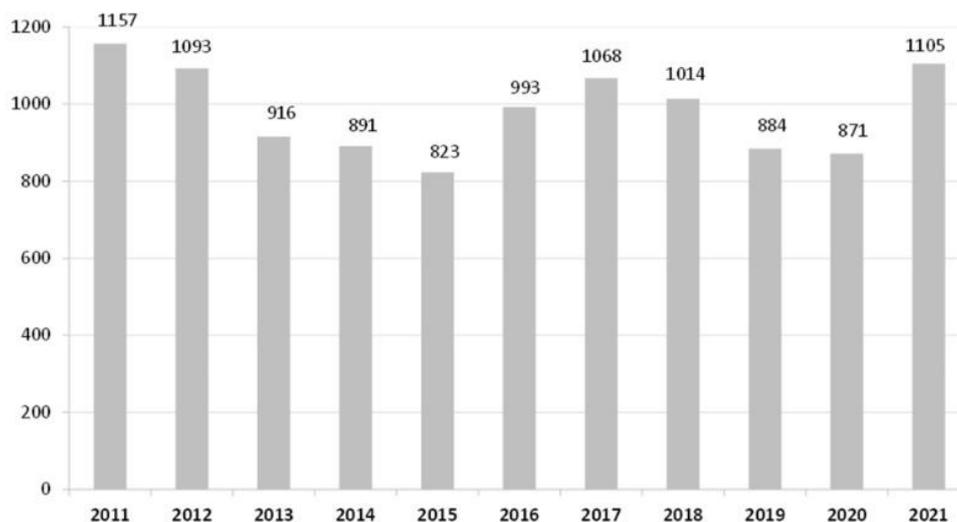
Le **taux de censure**¹ n'est pas négligeable : il est de 32,31 % pour les décisions QPC (dont 14,44 % de non-conformité totale) sur la période 2010 au 30 juin 2021 ; et de 46,29 % (dont 2,45 % de non-conformité totale) pour les saisines DC de 1958 à la même date.

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

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

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

Nombre d'arrêts rendus par la CEDH depuis 2011



Source : CEDH, analyse statistique 2021

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

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

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

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

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

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

b) La judiciarisation résulte de mutations sociales profondes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Une conséquence de la crise démocratique ?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ L. 100-4 du code de l'énergie.

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

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

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

Comme l'indiquait l'ancien vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre : « *La lutte contre le réchauffement climatique ne se limite plus aux*

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

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

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

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

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

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

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

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

déclarations politiques, elle est, dorénavant, une réalité juridique que le juge administratif est prêt à sanctionner »¹.

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

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

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

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

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

Aux États-Unis, on relève en 2018 une solution opposée dans une affaire *Aji P vs State of Washington*⁶ : le juge a conclu que la lutte contre le changement climatique est éminemment politique, que le **tribunal n'est donc pas l'enceinte adaptée pour en connaître** et qu'il appartient au pouvoir législatif et à l'exécutif de s'en saisir ; il note qu'un plan en

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

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

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

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

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

⁶ *Consultable à l'adresse suivante : [Aji P. v. State of Washington - Climate Change Litigation \(climatecasechart.com\)](http://Aji.P.v.StateofWashington-ClimateChangeLitigation(climatecasechart.com))*

faveur du climat nécessite une analyse d'un rapport coûts-bénéfices, la prise en compte d'intérêts contradictoires et la résolution de problèmes complexes, qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire.

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

Autre illustration, la décision créative du **Conseil constitutionnel reconnaissant** pour la **première fois**, dans sa décision **QPC du 6 juillet 2018¹**, **une valeur constitutionnelle à un principe de « fraternité »**, le mot de fraternité apparaissant dans la devise de la République, dans le Préambule et à l'article 72-3 de la Constitution².

De ce principe découle, selon le Conseil constitutionnel¹, « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* »³. Dès lors, il a **partiellement censuré le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière⁴**, jugeant notamment que les exemptions humanitaires, qui existaient déjà concernant le délit d'aide au séjour irrégulier, devaient être étendues à l'aide à la circulation ; **mais pas pour l'aide à l'entrée**, qui fait par nature naître une situation illicite, ce qui est la partie de cette décision à laquelle ses différents interprètes accordent souvent le moins d'attention. Dans ces conditions, en réprimant cette aide, le législateur n'avait pas opéré une conciliation équilibrée entre « *le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* ».

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

La mission a été sensible à l'analyse développée par François Seners lors de son audition par la commission des lois le 23 février 2022⁵ : « **Un mot n'a pas forcément valeur de droit positif**. Si j'écris « liberté », je peux composer un magnifique poème, mais je ne pose pas une règle de droit. Si j'écris que la liberté permet de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, j'énonce une règle normative. Concernant la fraternité, le mot apparaît trois fois dans la Constitution : dans la

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]

² Mention d'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

³ Ibid. considérant 8.

⁴ Figurant désormais aux articles L. 823-1, L. 823-2 et L. 823-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵ Cf. le compte rendu de son audition : Commission des lois : compte rendu de la semaine du 21 février 2022 (senat.fr)

devise de la République, ainsi que dans des dispositions portant sur l'outre-mer, dans lesquelles la fraternité est qualifiée d'« idéal ». Cela en fait-il pour autant un principe à valeur constitutionnelle ? C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel. Je n'y suis en rien opposé par principe. Cependant, la question ne faisait pas consensus, et il n'était pas illégitime que le Conseil constitutionnel renvoie la question au constituant ».

Là encore, il ne s'agit pas de contester sur le fond de la décision du Conseil, qui peut être jugée excellente en opportunité mais de réfléchir à la légitimité du Conseil à consacrer un nouveau principe à partir d'une base textuelle si mince. Comme le relevait le Président du Sénat, le juge constitutionnel a fait d'une « *devise ou d'un idéal commun, sans support législatif* », un principe faisant « *obstacle à la volonté du législateur d'interdire l'aide à la circulation des personnes en situation irrégulière sur le territoire*¹ ».

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

b) Une action publique fragilisée par certaines décisions du juge

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

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

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

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

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

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

constructive de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de nos cours nationales en matière de regroupement familial des étrangers résidant en France »¹.

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

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

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

En outre, sur la base de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, la CJUE a rappelé que si une « *marge d'appréciation limitée* » était accordée aux États membres pour s'assurer des bonnes conditions du regroupement familial, d'une part, un délai d'attente « *ne [pouvait] être imposé, sans prendre en considération, dans des cas spécifiques, l'ensemble des éléments pertinents* » et, d'autre part, que l'établissement d'un critère de capacité d'accueil de l'État membre « *ne saurait être interprété comme autorisant un quelconque système de quotas* »⁵.

¹ Contribution écrite.

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

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

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

⁵ CJUE, *Gr.ch.*, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03.

En complément, on peut noter la suspension, par le juge des référés du Conseil d'État, de l'interruption de la délivrance des visas au titre du regroupement familial qui avait été décidée par le Gouvernement dans le cadre des mesures de confinement strict décidées, le 18 mars 2020, pour faire face à la pandémie de covid-19. Le juge des référés avait considéré cette mesure disproportionnée au regard du droit à la vie familiale normale et à l'intérêt supérieur de l'enfant¹.

Pour reprendre l'expression du professeur Baptiste Bonnet, l'imbrication des cours suprêmes permet d'assurer un « *ordre public européen des libertés* ». Dans ce cadre, la capacité du législateur à modifier l'état du droit est cependant devenue très limitée. S'il a pu conditionner dès l'origine, l'effectivité du regroupement familial à une condition de ressources suffisantes et à une condition de logement et, plus récemment, au respect « *des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »² par les demandeurs, il ne pourrait en aucun cas ni restreindre le regroupement familial dans sa portée générale ni renoncer à sa mise en œuvre.

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

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

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

Bien qu'aux termes de l'article 4, alinéa 2, du TUE, « *la sécurité nationale reste de la seule responsabilité des États membres* »³, dans ses arrêts controversés la CJUE a explicitement affirmé le principe de primauté de l'Union européenne. Elle a en outre refusé de revenir sur sa jurisprudence constante selon laquelle « *le seul fait qu'une mesure nationale a été prise aux fins de la protection de la sécurité nationale ne saurait entraîner l'inapplicabilité du droit de l'Union [européenne] et dispenser les États membres du respect nécessaire de ce droit* »⁴.

De là, la jurisprudence de la CJUE relative à la conservation des données personnelles est une jurisprudence « au long cours », qui, de surcroît, s'inscrit dans le cadre d'une législation européenne pionnière en matière de protection des données : selon le juge Bonichot, « *L'Union européenne est certainement l'espace où l'on accorde le plus d'importance au respect*

¹ Ordonnance du 21 janvier 2021, req. n°447878 et 447893.

² Décision n°2006-539 DC du 20 juillet 2006 – loi relative à l'immigration et à l'intégration.

³ Article 4 du TUE.

⁴ CJCE, 26 octobre 1999, Sirdar, C-273/97 et CJCE, 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98 précité.

de la vie privée, à la protection des données personnelles. Le règlement général de protection des données (RGPD) est un texte phare dans le monde ».

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

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

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

- confirmé également sa jurisprudence antérieure sur le caractère disproportionné d'une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et à la localisation tout en prévoyant des exceptions strictement délimitées : à titre d'exemple, un État membre peut enjoindre aux fournisseurs la conservation des données précitées « *dans des situations où l'État membre concerné fait face à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible* », dès lors que la décision d'injonction prévoit une période temporellement limitée au strict nécessaire et est contrôlée par une juridiction ou une entité administrative indépendante ; en outre, des mesures législatives peuvent prévoir une conservation ciblée¹ des données précitées, des adresses IP, des données relatives à l'identité civile des utilisateurs, ainsi qu'une procédure de conservation rapide.

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

Comme l'a expliqué Jean-François Ricard, premier procureur antiterroriste de la République, au Sénat², cette inquiétude est partagée par les magistrats et les services luttant contre le terrorisme en France : dans les infractions d'association de malfaiteurs à finalité terroriste, « *les données de*

¹ En fonction d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonctions des catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique.

² Table ronde « Pouvoir régalien et droit européen » en date du 10 juin 2021, organisée par la commission des affaires européennes et la commission des lois du Sénat.

connexion jouent un rôle prépondérant. L'activité terroriste se caractérise par trois éléments : sa clandestinité, qui fait de l'identification des auteurs une priorité, notamment par les croisements de données de connexion ; elle est le fait d'individus qui se déplacent constamment, d'où un nécessaire travail sur ces données ; et ces individus agissent en réseau, dont il faut déterminer les relations, là encore grâce aux données de connexion.

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

Or, « l'arrêt de la CJUE a conduit à l'interdiction, pour faire court, de la conservation massive et indifférenciée des données. Des pistes de sortie ont été envisagées, mais elles sont totalement inopérantes. Heureusement est intervenue la décision du Conseil d'État du 21 avril 2021¹ qui évite d'obérer notre capacité opérationnelle, tant en matière de renseignement que d'enquête judiciaire ».

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

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

¹ CE Ass., *French data Network*, 21 avril 2021, n°393099.

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

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

(3) La CJUE et la disponibilité des forces armées

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

Dans sa décision, la CJUE affirme que les militaires sont des travailleurs au sens de la directive n°2003/88 et qu'ils sont donc en principe soumis à ses dispositions². Pour confirmer ce principe, la Cour se fonde à la fois sur le droit, reconnu par la Charte européenne des droits fondamentaux, à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, et sur le champ d'application de la directive n°2003/88, fixé par renvoi à une autre directive (directive 89/391), qui prévoit bien une exception à son application « *lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, notamment dans les forces armées (...) s'y opposent de manière contraignante* ». Mais la Cour considère que ce dispositif « *ne saurait être interprété en ce sens que les membres des forces armées des États membres sont exclus dans leur intégralité et en permanence* » du champ de la directive.

En conséquence, la Cour effectue un réel effort pour distinguer les activités susceptibles d'entrer dans le champ de la directive (activités administratives ; entretien ; réparation ; maintien de l'ordre ; poursuite des infractions ; santé) et celles auxquelles la directive ne serait pas applicable : activités « *dans le cadre d'évènements exceptionnels, dont la gravité et l'ampleur*

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

² L'article premier de la directive pose le principe de son application « à tous les secteurs d'activités, privés ou publics », sauf e

nécessitent l'adoption de mesures indispensables à la protection de la vie, de la santé ainsi que de la sécurité de la collectivité » ; activités « ne se prêtant pas à un système de rotation des effectifs » ; activités opérationnelles (y compris les formations et les entraînements) ; activités auxquelles l'application de la directive « ne pourrait se faire qu'au détriment du bon accomplissement des opérations militaires proprement dites ».

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

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

Constatant que l'application de la directive 2003/88 risquerait de conduire à un « *affaiblissement de la condition militaire en raison d'une moindre disponibilité* », il a souligné que la détermination et l'organisation du temps de service des militaires devaient relever « *des seules autorités responsables de la sécurité nationale*³ ».

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

Avant même la décision de la CJUE, il était peu douteux que la directive 2003/88 était susceptible de leur être appliquée, sauf exception prévue par le renvoi à la directive 89/391. Comme le rappelait François-Xavier Millet, universitaire et référendaire à la CJUE, dans une tribune de presse, « *un tel jugement était prévisible. La Cour s'en est tenue au texte de la*

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

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

³ Avis publié le 9 avril 2021.

directive telle que celle-ci a été négociée par les États membres eux-mêmes dont le gouvernement français) et le Parlement européen¹ ».

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

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

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

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

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

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

De multiples interlocuteurs de la mission ont insisté sur les **conséquences de la prolifération normative et de la mauvaise qualité** de certains textes : cette situation crée un **espace pour le juge** qui doit

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

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

interpréter des textes parfois ambigus, contradictoires entre eux ou instables. La Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, notamment a déclaré que « *l'inflation législative qui peut conduire à fragiliser la cohérence de la législation, et par ricochet, la sécurité juridique, conduit inéluctablement le juge à préciser la portée de la norme, voire à la compléter lorsque cela est nécessaire* »¹.

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

1. Améliorer la qualité et l'effectivité des textes

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

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

Le rapport de 2006, notamment, avait mis en évidence le risque d'affaiblissement du Parlement : « *La volonté de tout inscrire dans la loi, outre qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, conduit in fine à un résultat inverse de celui qui était recherché : la surcharge du Parlement, puis sa dépossession* »⁴. L'analyse de Montesquieu, selon laquelle « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »⁵ est donc toujours autant d'actualité.

Le nombre de lois promulguées varie chaque année entre 35 et 60 sur la période 2002 et 2020⁶. Les **principaux codes en vigueur⁷ comprenaient ainsi près de 49 393 articles au 1^{er} janvier 2021**, contre 22 147 au 1^{er} janvier 2002⁸, soit plus qu'un doublement...et ces chiffres ne prennent pas en compte tous les codes ni les lois non codifiées !

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

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

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

Ce rapport est consultable à l'adresse suivante :

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

⁴ Rapport public de 2006 déjà cité, p. 315.

⁵ De l'Esprit des lois, Livre XXIX, chapitre XVI, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu.

⁶ Indicateurs de suivi de l'activité normative, Legifrance, 10 mars 2021, données consultables à l'adresse suivante :

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

⁷ Le périmètre inclue le code civil, le code de commerce, le code de la construction et de l'habitation, le code de la santé publique, le code de l'environnement, le code de l'urbanisme, le code du travail, le code général des impôts et le code pénal.

⁸ Ibid supra.

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

b) La recherche d'une plus grande autodiscipline

Lutter contre l'inflation normative suppose une plus grande autodiscipline de l'ensemble des acteurs, notamment du Gouvernement qui est à l'origine de 90 % des textes de loi. Cela implique de rompre avec l'illusion qui consiste à penser que l'on apporte une réponse à un problème seulement si une nouvelle loi est votée. Comme le notait François-Noël Buffet, président de la commission des lois du Sénat, dans une récente interview¹, « *la loi devient une réponse médiatico-politique à un problème ponctuel* ». Cela implique aussi de laisser le temps à la réflexion et à la délibération d'aboutir à des textes moins nombreux mais d'une meilleure facture et plus durables.

Au regard de la jurisprudence récente de la justice administrative, le rapporteur invite à la prudence concernant le recours **aux lois de programmation**, définies par l'article 34 de la Constitution comme déterminant « *les objectifs de l'action de l'État* ». Dès lors que le juge est susceptible, dans certaines conditions, de leur reconnaître une portée contraignante, il convient d'utiliser cet outil avec parcimonie et de veiller à leur rédaction, notamment si des objectifs chiffrés sont fixés. Les objectifs de l'action de l'État peuvent être exposés dans l'exposé des motifs du texte, dans l'étude d'impact ou dans des déclarations politiques.

Le rapporteur s'interroge également sur l'intérêt d'un meilleur contrôle **des études d'impact**, dont la faiblesse est souvent patente malgré les efforts des services de l'État. Faute d'une réelle évaluation des avantages et des inconvénients des options en présence, l'utilité de ces études est assez modeste. Dans son rapport sur le redressement de la justice du 4 avril 2017², Philippe Bas faisait le constat d'une **institution judiciaire déstabilisée par l'accumulation de réformes législatives**, dont les **études d'impact** sont **lacunaires**, notamment sur les **conséquences opérationnelles**.

¹ Interview au journal *Le Monde* publiée le 16 mars 2022 (https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/03/16/en-matiere-penale-beaucoup-de-situations-pourraient-se-gerer-a-droit-constant_6117744_3224.html)

² *Cinq ans pour sauver la justice ! Rapport d'information n° 495 (2016-2017) de Philippe Bas, président-rapporteur, Esther Benbassa, Jacques Bigot, François-Noël Buffet, Cécile Cukierman, Jacques Mézard et François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois le 4 avril 2017. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante :* <https://www.senat.fr/notice-rapport/2016/r16-495-notice.html>

Depuis une jurisprudence de 2015, le Conseil constitutionnel **n'examine un grief relatif au contenu d'une étude d'impact**¹, quand il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, **que lorsque la question aura été évoquée devant la Conférence des présidents de la première assemblée saisie**². On peut se demander si ce **contrôle restreint ne contribue pas à déséquilibrer le jeu institutionnel** : le juge constitutionnel contrôle les décisions du pouvoir législatif, mais se refuse à contrôler les études d'impact rédigées par l'exécutif.

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

c) Mieux encadrer le recours aux ordonnances

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

La mission d'information considère qu'un **meilleur encadrement du recours à ces ordonnances s'impose**, comme le Sénat l'a estimé en adoptant le 4 novembre 2021, sur le rapport de Philippe Bas, la proposition de loi constitutionnelle garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'Etat de droit en cas de législation par ordonnance³.

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

S'inscrivant dans la continuité du rapport publié le 24 janvier 2018 par le groupe de travail du Sénat sur la révision constitutionnelle, présidé par Gérard Larcher⁴,

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

² Conseil constitutionnel, décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015 sur la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

³ Les documents de référence sur ce texte sont consultables à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-795.html>

⁴ 40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France, groupe de travail présidé par Gérard Larcher, Président du Sénat ; rapporteur François Pillet, sénateur :

Président du Sénat, le texte propose plusieurs mesures visant à mieux encadrer le recours aux ordonnances.

Sur leur périmètre :

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

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

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

Sur les délais :

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

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

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

Le rapporteur se demande s'il ne faudrait pas aller plus loin en envisageant l'idée d'une **adoption dans les mêmes termes par les deux assemblées des lois d'habilitation**, comme la Constitution l'exige aujourd'hui pour les lois organiques relatives au Sénat ou pour les révisions constitutionnelles¹.

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

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

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

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/presidence_senat/40_propositions_du_groupe_de_travail_du_Senat_sur_la_revision_constitutionnelle.pdf

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Sur le droit pénal en particulier

Le droit pénal mérite une attention particulière, tout d'abord parce qu'il illustre particulièrement bien la tendance à l'inflation législative. Dans

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

son étude précitée de 2018 sur la prise en compte du risque dans la décision publique, le Conseil d'État indique que quelque 14 700 infractions étaient alors recensées dans la nomenclature tenue par le ministère de la justice, dont 3 200 seulement, soit 20 %, font effectivement l'objet de poursuites. De nouvelles infractions ont pourtant encore été créées au cours des quatre dernières années, dont certaines auront sans doute rarement l'occasion de s'appliquer...

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

Sur un plan plus qualitatif, il convient de se demander si des changements pourraient être apportés au droit matériel ou à la procédure pénale afin de remédier à la tendance à la pénalisation de la vie politique décrite dans la première partie de ce rapport. Si elle aboutit à un nombre réduit de condamnations, cette pénalisation peut conduire à des mises en cause parfois injustifiées, préjudiciables à l'efficacité de l'action publique.

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

a) Sur la définition des infractions

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

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

Par la loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, le législateur a d'abord complété l'article 121-3 du code pénal pour rappeler la nécessité d'apprécier

in concreto la faute d'imprudence ou de négligence en prenant en compte la **nature des missions ou des fonctions** de l'auteur des faits, ses **compétences**, ainsi que le **pouvoir** et les **moyens** dont il disposait. Cette disposition de portée générale a ensuite été déclinée dans les textes statutaires relatifs aux fonctionnaires et aux militaires, ainsi qu'aux chefs d'exécutifs locaux et à leurs délégués, en y ajoutant une invitation adressée au juge pénal de prendre en compte les « *difficultés propres aux missions que la loi leur confie* »¹.

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

Complétant à nouveau l'article 121-3 du code pénal, la loi « Fauchon » a introduit une distinction en ce qui concerne la gravité de la faute susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur, qu'il soit ou non un décideur public, pour un délit non intentionnel, en fonction du caractère, **direct ou indirect**, du **lien de causalité** entre cette faute et le dommage. Lorsque le lien de causalité est direct, une **faute simple** suffit à engager la responsabilité pénale. En revanche, lorsque le lien de causalité est indirect, ce qui est le cas lorsqu'il est reproché à un décideur de ne pas avoir correctement exercé son pouvoir de direction ou de contrôle, sa responsabilité pénale ne peut être engagée que s'il a commis une faute « qualifiée », qui consiste soit en la **violation manifestement délibérée** d'une **obligation particulière de prudence ou de sécurité** prévue par la loi ou le règlement, soit en une **faute caractérisée** et qui exposait autrui à un **risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer**.

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

Plus récemment, à l'initiative du rapporteur, le législateur a procédé, par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, à une modification de la définition du délit de **prise illégale d'intérêts**, prévu à l'article 432-12 du code pénal, afin de mettre un terme à une appréciation de plus en plus formelle de l'infraction qui conduisait à la mise en cause d'élus locaux pour des faits qui ne constituaient pas une réelle atteinte à la probité. Un élu ou un fonctionnaire ne pourra ainsi être poursuivi que s'il a pris un intérêt dans une entreprise ou dans une opération de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité. En complément la loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à

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

la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3DS) a précisé, d'une part, la situation des élus locaux qui représentent une société d'économie mixte locale à l'assemblée des associés ou des actionnaires d'une filiale, d'autre part, celle des élus qui siègent dans les organes d'une personne morale publique ou privée par détermination de la loi.

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

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

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

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

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

b) Sur la procédure

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

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

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

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

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

c) Reconnaître la responsabilité pénale de l'État ?

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Sur le droit européen

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

a) Les limites du contrôle de subsidiarité

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

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

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

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

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

De là, les Parlements nationaux disposent de **trois instruments**, souvent décrits de manière imagée comme le « carton jaune », le « carton

¹ Article 5 du TUE.

orange » et le « carton rouge », pour vérifier si la Commission européenne a effectivement respecté le principe de subsidiarité.

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

Pour cela, **chaque parlement national dispose de deux voix** (soit une voix par chambre dans les parlements bicaméraux). Dans le cas où les avis motivés sur un projet d'acte législatif rassemblent au moins un tiers de l'ensemble des voix attribuées aux parlements nationaux (un quart, lorsqu'il s'agit de projets en matière de coopération en matière pénale ou de coopération policière)¹, le projet doit être réexaminé par la Commission européenne (où l'autorité dont émane le texte). **Il s'agit de la procédure dite du « carton jaune »**. Et à l'issue de ce réexamen, ladite autorité peut soit maintenir le projet, soit le modifier, soit le retirer par une décision motivée.

En outre, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, si au moins une majorité simple des voix attribuées aux Parlements nationaux conteste la conformité d'une proposition législative avec le principe de subsidiarité, dans l'hypothèse où la Commission européenne choisit de maintenir sa proposition par une décision motivée, la question est renvoyée au législateur européen (Parlement européen et Conseil), qui examine cette conformité en prenant en considération les motifs invoqués. Si en vertu d'une majorité de 55 % des membres du Conseil ou d'une majorité des suffrages exprimés au Parlement européen, le législateur est d'avis que la proposition n'est pas compatible avec le principe de subsidiarité, **l'examen de la proposition n'est pas poursuivi**² (**carton orange**).

Par ailleurs, chaque assemblée peut former un **recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité**³. Ce recours est transmis par le Gouvernement à la Cour (**carton rouge**).

Le contrôle de subsidiarité au Sénat

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

¹ À l'heure actuelle, le nombre de voix réparties entre les Parlements nationaux de l'Union européenne est de 54. Les seuils à atteindre sont donc respectivement de 18 voix et de 14 voix.

² Articles 6 et 7 du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé aux traités européens.

³ Article 88-6, alinéas 2 et 3, de la Constitution, et article 8 du protocole n°2 précité.

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

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

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

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

c) À tout moment de la procédure, un président de groupe peut toutefois demander l'inscription de la proposition en séance publique ;

d) Le Président du Sénat transmet la proposition aux Présidents du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne. Il en informe le Gouvernement.

La procédure est interrompue **au terme du délai de huit semaines** à compter respectivement de la transmission du projet d'acte législatif dans les langues officielles de l'Union européenne ou de la publication de l'acte législatif¹.

Ces résolutions peuvent être adoptées en dehors des sessions.

En pratique, le nombre de projets d'actes législatifs examinés au titre du contrôle de subsidiarité est conséquent mais variable selon les années (les années de fin de mandat de la Commission européenne étant en principe moins prolifiques), comme l'indique le tableau ci-dessous.

Depuis de nombreuses années, le Sénat est notamment vigilant sur l'utilisation par la Commission européenne de l'argument de l'approfondissement du marché intérieur, sur la base de l'article 114 du TFUE, pour justifier des initiatives dans des domaines tels que la sécurité nationale, qui, cela a été souligné, demeure en principe de la compétence exclusive des États membres aux termes de l'article 4 du TUE.

À titre d'exemple, on peut mentionner l'avis motivé adopté le 6 décembre 2017 par le Sénat dans lequel ce dernier rappelle qu'un règlement sur la cybersécurité ne peut relever uniquement du fonctionnement du marché intérieur (articles 26 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), mais qu'il doit aussi intégrer les enjeux de sécurité (article 4 du traité sur l'Union européenne).

¹ Cette procédure est prévue à l'article 73 octies du Règlement du Sénat.

Récemment, examinant plusieurs textes législatifs relatifs à la démocratie européenne, la commission des affaires européennes, dans son avis politique adopté le 17 février 2022 et adressé à la Commission européenne, demandait à cette dernière de prendre les mesures nécessaires « pour écarter toute immixtion même involontaire – de l’Union européenne dans les règles nationales relatives à la propagande électorale et à l’organisation des scrutins ».

Années	Textes examinés	Avis motivés adoptés par le Sénat	Seuil du carton jaune atteint
2011	142	1	
2012	95	11	1
2013	133	4	1
2014	46	2	
2015	31	0	
2016	96	7	1 (le Sénat n’y a pas contribué)
2017	91	7	
2018	142	2	
2019	28	0	
2020	90	1	
2021	75	4	
2022	45 (au 1 ^{er} mars 2022)		
Total 2021-2022	1013	39	3

Mais ce contrôle a-t-il permis aux Parlements nationaux de faire respecter le domaine d’intervention des États membres et de mieux faire entendre leur voix dans le débat institutionnel européen ?

La réponse est mitigée. Quantitativement, les Parlements nationaux n’ont réussi à adopter que **trois « cartons jaunes »** depuis l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Le Sénat a contribué à l’adoption des deux premiers :

- en mai 2012, le premier « carton jaune » a été adressé par 12 chambres (sur 40) à l’encontre du projet de règlement concernant l’exercice du droit de mener des actions collectives et de la libre prestation de services (paquet dit « Monti II »). Tout en considérant que les atteintes au principe de subsidiarité invoquées n’étaient pas caractérisées, la Commission européenne a alors retiré son projet ;

- en octobre 2013, 14 chambres dans 11 États membres ont émis un nouveau « carton jaune » au sujet d’un projet de règlement portant création du Parquet européen. En l’espèce, le Sénat, favorable au principe d’une telle institution, avait constaté que le projet présenté par la Commission était

beaucoup trop « centralisateur » pour devenir réalité. La Commission européenne, motivant sa décision, a décidé de maintenir sa proposition. Toutefois, le Conseil et le Parlement européen, informés des avis motivés, ont infléchi le projet dans le sens souhaité par le Sénat ;

- enfin, un troisième « carton jaune » a été adressé à la Commission européenne en mai 2016, par 14 chambres représentant 11 États membres contre la proposition de directive concernant le détachement des travailleurs. Là encore, la Commission européenne a maintenu son projet.

Par ailleurs, les Parlements nationaux n'ont jamais mis en œuvre la procédure de « carton orange » et le « carton rouge ».

Comment expliquer ce bilan ? En premier lieu, en raison du fait majoritaire dans nombre de démocraties européennes, les chambres peuvent être conduites à renoncer à leurs prérogatives en matière de subsidiarité afin de ne pas gêner les positions diplomatiques défendues par le pouvoir exécutif dans les négociations européennes. De surcroît, votre rapporteur constate un problème de culture juridique européenne et appelle à cet égard, à une prise en compte plus larges des enjeux européens dans les débats du Sénat.

En deuxième lieu, la mise en œuvre du contrôle de subsidiarité est cantonnée dans un délai de huit semaines incompressible et **ce délai est court, voire trop court, pour adopter un avis motivé puis pour convaincre les autres Parlements nationaux** de la pertinence de la position adoptée en vue de constituer un groupe d'avis motivés suffisant pour atteindre le seuil du « carton jaune » (cette phase de négociation pouvant, de plus, nécessiter un délai de traduction de l'avis motivé dans une ou plusieurs langues étrangères). Néanmoins, le Sénat peut activer plusieurs dispositifs opérationnels lorsqu'il souhaite convaincre ses partenaires européens du bien-fondé de sa position (bureau de liaison auprès des institutions de l'Union européenne surnommée « antenne administrative de Bruxelles »¹ ; messagerie électronique dédiée aux contacts entre Parlements de l'Union européenne (IPEX)).

En troisième lieu, le **seuil à atteindre** pour former « un carton jaune » (un tiers des voix attribuées au Parlements nationaux) est également dissuasif. D'autant que certaines chambres des Parlements nationaux refusent par principe d'exercer un contrôle de subsidiarité, ce dernier pouvant être assimilé à une position politique « anti-européenne ».

En quatrième lieu, **le contrôle de subsidiarité n'est pas un contrôle au fond des projets d'actes législatifs examinés**. Il s'intéresse à la base juridique choisie pour le projet, à la nécessité et à la valeur ajoutée de ce dernier, ainsi qu'à la proportionnalité existant entre le texte et les objectifs poursuivis. Le contrôle du bien-fondé des dispositions d'un projet d'acte

¹ Un administrateur à temps plein et administrateur-adjoint à temps partiel constituent l'équipe administrative de ce bureau de liaison, rattaché à la commission des affaires européennes.

législatif est en revanche exprimé par l'adoption des **résolutions européennes** visées à l'article 88-4 de la Constitution, adressées au Gouvernement et **d'avis politiques**, dans le cadre du « dialogue politique informel » institué par la Commission européenne. Pour des raisons de délai et de cohérence, le Sénat, en premier lieu sa commission des affaires européennes, peut être conduit à privilégier l'adoption de tels résolutions et avis politiques en y insérant des éléments de subsidiarité.

En dernier lieu, la seule existence d'un contrôle de subsidiarité constitue une « arme de dissuasion » des Parlements nationaux à l'égard de la Commission européenne, qui avait été ébranlée lors de l'adoption du premier « carton jaune ». **La Commission est donc très prudente sur les enjeux de subsidiarité et s'évertue depuis à nourrir le dialogue politique informel avec eux, afin d'anticiper d'éventuelles difficultés.**

Simultanément, la pratique du contrôle de subsidiarité, telle qu'elle a existé depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, a, comme le rappelait Diane Fromage, chercheuse à l'IEP de Paris, eu des résultats positifs : *« En effet, le contrôle a gagné en efficacité et a permis « l'eupéanisation » des Parlements nationaux (...) En introduisant le mécanisme d'alerte précoce, les États membres ont finalement incité les Parlements nationaux à s'occuper davantage des questions européennes. »*

b) Renforcer le contrôle de subsidiarité

Dans ce contexte, comme le soulignait le Président du Sénat lors d'un colloque organisé par le groupe Les Républicains le 3 février 2022,, il est souhaitable de *« renforcer le rôle du Sénat en tant que gardien du principe de subsidiarité »*.

En premier lieu, afin de conforter ses moyens dédiés à la stratégie d'influence auprès des institutions européennes, à savoir son bureau de liaison auprès de ces institutions, le Sénat pourrait aligner ces derniers sur ceux dédiés par l'Assemblée nationale pour des fonctions similaires (deux fonctionnaires à temps plein). En effet, le succès des procédures de contrôle de subsidiarité repose largement sur la réactivité et l'efficacité de cette mise en relation opérationnelle entre Parlements nationaux.

En interne, la commission des affaires européennes ne doit pas hésiter à **s'appuyer sur l'expertise des commissions permanentes** au moment d'apprécier le respect du principe de subsidiarité. Elle a déjà pour habitude de désigner comme rapporteur un sénateur membre de la commission compétente au fond. Et l'adoption d'un avis motivé est toujours précédée d'échanges politiques entre les présidents de commission. Mais ces échanges réguliers tant au niveau administratif que politique pourraient être encore approfondis, les commissions permanentes pouvant notamment apporter un éclairage précieux sur la dimension opérationnelle des textes conçus à Bruxelles. L'influence du Sénat sur la production normative

européenne serait renforcée si l'ensemble des commissions portait une attention plus soutenue à ces enjeux.

La Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union (COSAC) peut également constituer un utile relais d'influence.

La Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union (COSAC) et la coopération interparlementaire européenne

La COSAC est aujourd'hui l'une des structures interparlementaires les plus anciennes de l'Union européenne¹ et elle est incontestablement la plus centrale.

Présidée par les représentants du Parlement de l'État membre assurant la présidence semestrielle du Conseil de l'Union européenne, la COSAC dispose d'un secrétariat permanent. Chaque Parlement y est représenté par une délégation de six membres (soit, trois membres par assemblée dans les Parlements bicaméraux).

Ses réunions permettent un échange régulier entre les instances en charge des affaires européennes des Parlements de l'Union européenne et du Parlement européen. Tous les sujets européens peuvent y être débattus et des intervenants extérieurs viennent éclairer les débats. Elle est également un « forum » de transmission de bonnes pratiques, et a contribué, par exemple sur le contrôle de subsidiarité, à l'émergence d'une culture parlementaire commune. Elle se réunit en pratique une fois par semestre, la réunion plénière, étant précédée d'une « petite COSAC », regroupant les présidents des instances concernées.

En outre, à la différence d'autres réunions interparlementaires, la COSAC peut adopter des contributions et des conclusions. C'est pourquoi, la COSAC a été sollicitée lorsqu'il s'est agi d'associer les parlements nationaux aux travaux – en cours – de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, dont les réflexions pourraient conduire à une nouvelle révision des traités européens.

Le Parlement français est à l'origine de la création de la COSAC (dont la première réunion a eu lieu à l'Assemblée nationale, en 1989) et y a toujours attaché une grande importance. Les sénateurs français ont ainsi défendu dans cette enceinte le projet d'un Sénat européen, composé de délégations des Parlements nationaux, qui aurait, en particulier, pour tâche de contrôler le respect du principe de subsidiarité. Sous leur impulsion, en 1995, les membres de la COSAC ont également établi une contribution des parlements nationaux à la Conférence intergouvernementale (CIG) qui préparait le traité d'Amsterdam en ayant omis de les associer à ses travaux. En 2000, c'est à nouveau à l'initiative de la présidence française que la COSAC a été utilisée comme plateforme d'échanges d'informations et de bonnes pratiques.

Constatant cependant une certaine fragilisation de la COSAC, du fait d'une rigidité dans l'organisation de ses débats (qui, avec deux minutes d'intervention par orateur, ne permettent pas d'approfondir les questions prioritaires) mais aussi d'une multiplication des initiatives parallèles prises par le Parlement européen, soucieux « d'avoir la primauté » dans le contrôle des institutions de l'Union européenne, la présidence française a décidé de redynamiser ses pratiques. À son initiative, la COSAC a ainsi accepté de constituer deux groupes de travail, l'un sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, l'autre sur les valeurs de l'Union européenne, afin d'être en mesure d'émettre des propositions dans la réflexion sur l'avenir de l'Union européenne.

¹ La première Conférence des Présidents de Parlements de ce qui était alors la Communauté économique européenne (CEE) date en effet de 1963.

Enfin, la coopération interparlementaire a connu une spécialisation sectorielle au cours des dernières années, avec la mise en place de la Conférence sur la politique européenne de sécurité commune (PESC/PSDC) en 2012, de la Conférence dite « de l'article 13 »¹, compétente pour débattre des enjeux économiques et financiers, en 2013 et du groupe de contrôle interparlementaire d'Europol, l'agence européenne de coopération policière, en 2017. En attendant la mise en place probable d'un groupe de contrôle interparlementaire sur l'activité de l'agence Frontex, en charge du soutien aux États membres dans la surveillance des frontières extérieures de l'Union européenne.

Ensuite, le Sénat pourrait utiliser les prérogatives aujourd'hui accordées aux chambres des Parlements nationaux mais non encore utilisées, au premier rang desquelles le « carton rouge », à savoir la possibilité de **déposer un recours pour violation de la subsidiarité devant la CJUE**. La notion de subsidiarité doit être entendue au sens large, englobant aussi la contestation d'un éventuel empiètement de l'Union européenne sur le champ de compétences des États membres.

Cela suppose naturellement que **certaines conditions exigeantes soient remplies** : il faudrait qu'un texte viole de manière suffisamment caractérisée le principe de subsidiarité pour que la procédure ait des chances d'aboutir ; de plus, même si juridiquement l'initiative du « carton rouge » appartient en propre à chaque assemblée parlementaire, il serait politiquement préférable que le texte ait donné lieu en amont à un « carton jaune », dont la Commission européenne n'aurait pas tenu compte, sans quoi une démarche si tardive serait mal comprise et difficile à justifier. En l'état, aucun des spécialistes entendus par la mission n'a cité un exemple de texte qui se prêterait à une telle démarche.

Le recours prendrait la forme d'un **recours en annulation** contre l'acte visé. Les moyens d'annulation susceptibles d'être mis en œuvre seraient l'incompétence, la violation des formes substantielles, le détournement de pouvoir, ainsi que la violation des traités et des actes pris pour leur application. Il devrait être formé dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte concerné². Aux termes de l'article 88-6 précité, la formation de ce recours serait de droit à la demande de soixante députés ou de soixante sénateurs.

Il prendrait la forme d'une résolution adoptée par le Sénat dans les conditions précédemment décrites pour les avis motivés. Ensuite, le Président du Sénat serait l'interlocuteur privilégié³, responsable de la

¹ Cette conférence est en effet l'une des modalités de contrôle prévues par le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) appelé également « Pacte budgétaire européen », qui fixe les principales règles budgétaires devant être respectées par les États membres.

² L'article 8 du protocole n°2 annexé aux traités européens renvoie aux dispositions de l'article 263 du TFUE pour les modalités de ce recours.

³ L'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires rappelle en effet que « la décision d'engager une procédure contentieuse est prise par le président de l'assemblée concernée, qui la représente dans ces instances. Le président peut déléguer cette compétence aux questeurs de l'assemblée qu'il préside. »

transmission de cette proposition au Gouvernement qui, aux termes de l'article 88-6 de la Constitution, devrait lui-même le transmettre à la CJUE.

De là, le Gouvernement devrait défendre le recours transmis par le Sénat devant la Cour, le cas échéant avec ministère d'avocat. Cette compétence impliquerait également la mise en œuvre, au sein du Sénat, d'une instance de coordination, au niveau politique et administratif, avec le Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) et le ministère de l'Europe et des affaires étrangères, qui, en pratique, assure la défense des intérêts français dans ces procédures.

En effet, seuls « *les États membres ainsi que les institutions de l'Union sont représentés devant la Cour de justice par un agent nommé pour chaque affaire ; l'agent peut être assisté d'un conseil ou d'un avocat¹* ». En pratique, la procédure comprend une phase écrite puis une phase orale, la Cour étant alors susceptible d'entendre des témoins et des experts. Dans cette procédure, les parlements nationaux sont assimilés aux requérants dits « semi-privilégiés » comme la Cour des comptes européenne, la Banque centrale européenne (BCE) et le Comité des régions : ils n'ont pas d'intérêt à agir mais peuvent soulever des moyens tirés de la violation du principe de subsidiarité, entendu largement.

Proposition : Ne pas s'interdire, si un dossier s'y prête, d'engager un recours devant la CJUE pour violation du principe de subsidiarité.

En dernier lieu, dans le cadre de la révision des traités européens qui pourrait être proposée en conclusion des travaux en cours de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, la France pourrait demander une modification des délais et des seuils en vigueur pour le contrôle de subsidiarité dans le protocole n°2, afin de « banaliser » et de « fluidifier » ce contrôle et de garantir en conséquence la vigilance de la Commission européenne en la matière.

Proposition : Dans le cadre de la révision du protocole n°2 relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, demander l'allongement des délais fixés aux parlements nationaux pour qu'ils procèdent au contrôle de subsidiarité d'un projet d'acte législatif (de huit à dix semaines) et l'abaissement des seuils requis pour atteindre le « carton jaune » (par exemple un quart des voix attribuées aux Parlements nationaux au lieu d'un tiers).

¹ Article 19 du protocole n°3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexé aux traités européens.

Rappelons également que l'Union européenne, par la voix du Conseil européen des 18 et 19 février 2016, avait réaffirmé son attachement à la place première des États membres pour décider au plus près des citoyens et mettre en œuvre le droit de l'Union européenne, afin de convaincre le Royaume-Uni de rester membre de cette dernière, alors que la campagne référendaire du « Brexit » battait son plein. Le Conseil européen avait ainsi adopté un "Nouvel arrangement" qui précisait en particulier:

- que « *les références dans les traités et leurs préambules au processus de création d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ne constituent pas une base légale pour étendre la portée des dispositions des traités ou du droit dérivé de l'Union* » ;

- que « *les avis motivés adressés par les parlements nationaux conformément à l'article 7, paragraphe 1, du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité sont dûment pris en considération par l'ensemble des institutions participant au processus décisionnel de l'Union* » ;

- que « *l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne confirme que la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* » et que « *cette disposition ne constitue pas une dérogation au droit de l'Union et ne devrait donc pas être interprétée de façon restrictive* ».

Ces précisions pourraient être intégrées dans le droit européen à l'occasion d'une prochaine révision des traités. Elles orienteraient l'action des institutions européennes et la jurisprudence de la CJUE dans un sens respectueux des prérogatives des États.

c) *Défendre la mise en place de recommandations annuelles du Sénat sur le programme de travail de la Commission européenne et d'un « carton vert »*

Au lieu d'être simplement dans une démarche « défensive » pour faire respecter la subsidiarité, le Sénat comme l'Assemblée nationale gagneraient à se situer aussi dans une démarche de proposition pour influencer davantage le contenu de la législation européenne, ce qui pourrait éviter bien des tensions ultérieures. Ce travail devrait être conduit le plus en amont possible afin d'attirer en temps utile l'attention du législateur européen sur les points auxquels le Parlement national est attaché. On ne saurait reprocher à l'Union européenne de ne pas avoir convenablement traité certains sujets si les États membres n'ont pas formulé de manière suffisamment forte leurs observations.

Le Parlement dispose pour cela de plusieurs outils :

- les résolutions européennes, adoptées en vertu de l'article 88-4 de la Constitution et adressées au Gouvernement ;

- les avis politiques, adressés directement à la Commission européenne dans le cadre du dialogue politique informel.

Mais il doit aussi élaborer une stratégie pour influencer la conception des projets de l'Union européenne. Pour cela, les déplacements des rapporteurs du Sénat auprès des services de la Commission européenne en charge de l'élaboration des projets d'actes européens sont très utiles dans le cadre d'une « stratégie d'influence européenne du Sénat ».

Ils devraient sans doute être complétés par la formalisation plus systématique de **réponses du Sénat aux consultations publiques ouvertes par la Commission européenne** lorsqu'elle envisage de proposer une nouvelle législation européenne, en particulier pour les règlements qui sont d'effet direct.

Il pourrait être fait un meilleur usage des **fiches d'impact simplifiées** (FIS) que le SGAE élabore sur les projets de directives et qui sont transmises à la commission des affaires européennes par le secrétariat général du Gouvernement. Ces fiches dressent un état des lieux des négociations, présentent le dispositif envisagé et décrivent parfois les modifications que sa transposition entraînerait dans le droit national. Elles arrivent cependant souvent trop tardivement pour être exploitées. Une transmission plus rapide et une diffusion de cette information auprès des commissions compétentes dans les assemblées faciliterait le travail de veille et de réflexion des parlementaires.

Proposition : Renforcer le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne en intervenant le plus en amont possible, afin de donner vie au principe posé à l'article 12 du traité sur l'Union européenne selon lequel « les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union ».

Dans le cadre de cette stratégie d'influence européenne, le Sénat doit également être en mesure d'adopter des positions politiques sur des projets de textes législatifs européens, en amont de leur adoption par le législateur européen (Conseil et Parlement européen).

À cet égard, si l'organisation de **débats préalables et postérieurs à la tenue des réunions du Conseil européen** est nécessaire à l'information des sénateurs sur les dossiers européens, elle ne permet pas cette prise de position. En effet, le Conseil européen constitue une instance « d'impulsion » pour l'Union européenne mais **n'est pas en charge de l'adoption des initiatives législatives européennes**.

À l'heure actuelle, le Sénat, tout comme l'Assemblée nationale, lorsqu'il reçoit les projets de textes législatifs européens élaborés par la Commission européenne :

- adresse des résolutions européennes (10 adoptées depuis le 1^{er} octobre 2021) au Gouvernement, pour lui signaler ses points de vigilance en vue des négociations sur ces projets. En pratique, conformément aux dispositions de l'article 88-4 de la Constitution, ces résolutions sont adoptées par la commission des affaires européennes puis, le cas échéant, par la commission permanente compétente au fond¹ ;

- mène un « dialogue politique informel » avec la Commission européenne. Plus précisément, sa commission des affaires européennes adopte des « avis politiques » (onze adoptés depuis le 1^{er} octobre 2021), qui, sous la forme d'une lettre de son président à la Présidente de la Commission européenne, demandent des précisions, des modifications, des ajouts ou des retraits dans les projets de textes européens présentés.

Ces instruments sont utiles mais ont une **visibilité limitée**. Aussi, afin de mieux influencer l'élaboration de la législation de l'Union européenne, la mission considère que le Sénat et l'Assemblée nationale pourraient adopter chaque année des **recommandations annuelles sur le programme de travail de la Commission européenne** pour l'année à venir. Sans avoir de valeur impérative pour l'exécutif, ces recommandations pourraient être comparées à un « mandat d'orientation ».

Sur la base du programme de travail annuel de la Commission européenne, le Sénat pourrait ainsi définir des lignes directrices et des priorités sur les initiatives législatives européennes annoncées et contribuer à définir les positions politiques du gouvernement français dans ses négociations à venir au sein du Conseil de l'Union européenne.

En pratique, ces recommandations seraient précédées d'un **débat d'orientation** organisé en séance publique, au cours duquel les enjeux principaux de l'actualité européenne et du programme de travail de la Commission européenne feraient l'objet de discussions et d'une expression de chaque groupe politique du Sénat. Ces recommandations seraient adoptées, également en séance publique, sur le rapport de la commission des affaires européennes, avant d'être transmises au Gouvernement, à la Commission européenne et au Parlement européen.

Depuis plusieurs années, le Sénat procède déjà à l'examen du programme de travail de la Commission européenne en adoptant une résolution européenne. Mais il est vrai que cet examen est parfois tardif et que cette résolution est adoptée dans une relative discrétion. Sa transformation en recommandations annuelles à destination du Gouvernement et des institutions compétentes de l'Union européenne, ainsi que la solennité d'un débat d'orientation en séance plénière, renforceraient la publicité des positions européennes du Sénat. En outre, sans constituer un mandat impératif, mis en place dans plusieurs États membres de l'Union européenne (Allemagne, Danemark) pour les négociations européennes mais

¹ Article 73octies du Règlement du Sénat.

prohibé dans son principe même par notre Constitution¹, ces recommandations, tout en laissant le pouvoir exécutif libre de ses choix européens, le contraindrait à mieux les justifier auprès du Parlement et, ce faisant, des citoyens, en particulier s'il ne suivait pas les recommandations du Sénat.

Proposition : Prévoir l'adoption, chaque année, par le Sénat et par l'Assemblée nationale de recommandations annuelles à destination du Gouvernement et des institutions de l'Union européenne, définissant ses priorités législatives européennes sur la base de l'examen du programme de travail de la Commission européenne.

En outre, votre rapporteur estime opportune la mise en place d'un « **carton vert** », qui est défendue à l'heure actuelle par le Sénat dans les débats de la Conférence sur l'avenir de l'Europe². Ce « carton vert » permettrait aux Parlements nationaux d'être mieux associés à l'élaboration de la norme européenne et de disposer d'un véritable droit d'initiative indirect, à l'exemple de celui aujourd'hui accordé par les traités au Parlement européen³.

Ce droit d'initiative concernerait des actes législatifs comme non législatifs (nouvelles mesures, modification ou suppression de mesures existantes). Il se matérialiserait par l'adoption d'un rapport comprenant un exposé des motifs justifiant la démarche entreprise et des **recommandations sur le contenu de la proposition**.

La proposition serait ensuite **transmise aux autres assemblées parlementaires des États membres de l'Union européenne**. Lors d'une phase de consultation, ces autres assemblées pourraient émettre leurs observations, sur la base desquelles, la chambre à l'origine de l'initiative proposerait une rédaction de compromis. Puis, lors d'une phase de recueil des soutiens, la chambre à l'origine de l'initiative solliciterait leur soutien.

Enfin, la **proposition serait transmise à la Commission européenne**, afin qu'elle présente un texte la reprenant, à la condition que les soutiens obtenus représentent un **quart des voix attribuées aux Parlements nationaux ou un quart de la population de l'Union européenne tout en**

¹ L'article 27 de la Constitution rappelle en effet que « tout mandat impératif est nul ».

² La proposition de « carton vert » décrite dans le présent rapport fait en effet l'objet d'une contribution écrite du Sénat français dans le cadre des travaux de la Conférence, qui a été publiée le 3 mars dernier.

³ Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission européenne de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités. Si la Commission ne soumet pas de proposition, elle en communique les raisons au Parlement européen (article 225 du TFUE).

émanant d'au moins quatre États membres. La Commission européenne reprendrait alors la proposition dans un texte ou communiquerait les raisons de son refus aux Parlements nationaux dans un délai de trois mois.

Proposition : Formaliser à l'occasion d'une révision des traités un droit d'initiative sur les projets d'actes de l'Union européenne par l'instauration d'un « carton vert ».

B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE

1. Séparation des pouvoirs ne signifie pas ignorance mutuelle

Plutôt que de tenter de revenir à la situation qui prévalait il y a une cinquantaine d'années, la mission recommande de reconnaître que les juridictions exercent un véritable pouvoir et de développer de nouveaux espaces d'échanges et de dialogues, notamment avec le pouvoir législatif, afin de surmonter les tensions et les incompréhensions qui se font jour régulièrement entre les politiques et les juges.

a) La perspective d'un retour en arrière est peu convaincante

Sans s'interdire de proposer certains ajustements en ce qui concerne l'office du juge, la mission estime peu crédible la perspective de revenir à la situation du début des années 1970, avant l'abandon de la théorie de la « loi-écran », avant que les justiciables se voient reconnaître le droit de saisir la CEDH et avant la création de la QPC.

L'une des personnalités auditionnées a néanmoins esquissé un tel programme devant la mission, suggérant de dénoncer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de refonder les traités européens pour passer à une Europe des coopérations, de suspendre ou renégocier les actes du droit de l'Union contraires à nos intérêts nationaux supérieurs, de supprimer la QPC, mais également d'abroger les infractions non intentionnelles pour les ministres et de redonner le droit au ministre de la justice d'adresser des instructions écrites aux procureurs dans les dossiers individuels.

Sur le fond, la mission doute que le chemin proposé soit praticable : il marquerait un profond recul de la garantie des droits fondamentaux, qui serait sans nul doute mal perçu par nos concitoyens ; il ferait en outre disparaître l'acquis de soixante-cinq ans de construction européenne ; mettre à l'abri les ministres de toute poursuite pour faute non intentionnelle donnerait l'impression d'une impunité difficilement acceptable ; les instructions écrites du garde des sceaux dans les dossiers individuels ranimeraient le soupçon d'une justice « politique », qui protège ses amis et cherche à accabler ses adversaires.

Ce programme placerait la France à l'écart des « standards démocratiques » en vigueur dans tous les pays comparables et paraît trop radical pour répondre aux aspirations contemporaines de nos concitoyens. Les drames contemporains frappant le continent européen démontrent à l'envi que l'État de droit reste un bien précieux.

b) Prendre acte du fait que les juridictions prennent parfois des décisions politiques

La mission préconise donc une approche différente : reconnaître que les juridictions nationales et européennes tranchent des questions politiques, au sens où elles concernent la vie de la Cité, et en tirer les conséquences en termes de dialogue entre les pouvoirs.

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont reconnu, en employant des formules variées, ce pouvoir des juridictions. L'ancien juge à la Cour de Strasbourg André Potocki a rappelé à la mission la belle formule de Pierre Pescatore, professeur de droit luxembourgeois, selon laquelle « *le juge est un législateur interstitiel* », ajoutant que « *les interstices sont de plus en plus larges* ». Le professeur Angelika Nussberger, qui a siégé à la CEDH pour l'Allemagne, a proposé de considérer le rôle du Conseil constitutionnel, à l'instar de celui de la Cour de Karlsruhe, comme s'inscrivant dans une « co-construction » de la loi, ce qui invite à envisager les rapports entre le Parlement et le Conseil dans une démarche collaborative et non dans une logique d'affrontement et de conflit. Le constitutionnaliste Dominique Rousseau a rappelé pour sa part que le Conseil constitutionnel a « *la gomme* » mais « *ne tient pas le crayon* », son rôle ne se situant donc pas sur le même terrain que celui du législateur.

Le professeur Guillaume Tusseau a illustré les multiples manifestations du pouvoir des juridictions, en France et à l'étranger, notant que les juges « *ne se limitent pas à trancher des litiges techniques faits d'arguties juridiques opposant les intérêts circonscrits des individus, mais se trouvent impliqués dans les relations entre les pouvoirs. Ils décident du vainqueur d'une élection (États-Unis), refusent la dissolution d'un parlement (Sri Lanka, Népal), ordonnent l'arrestation d'autorités politiques (Pakistan, Afrique du Sud), dissolvent des formations politiques (Allemagne, Thaïlande, Chili), contrôlent les accords de coalition gouvernementale (Israël). Ils sont ensuite appelés à se prononcer sur de grands thèmes de société, tels que le droit à l'avortement (États-Unis, France, Allemagne, Colombie, etc.), les droits des couples de même sexe (États-Unis, Afrique du Sud, Italie, Canada, France, etc.), le droit à mourir dans la dignité (États-Unis, Irlande, Canada, Colombie), la peine de mort (États-Unis, Afrique du Sud, Ukraine). Ils se prononcent enfin sur les modalités mêmes d'existence de l'unité politique, déterminant les conditions de la sécession d'une partie de l'État (Canada, Espagne), permettant les transitions démocratiques, favorisant la pérennité d'une gouvernance illibérale (Pologne, Hongrie), définissant les conditions de l'intégration supranationale (France, Allemagne, Espagne, Pologne, etc.)* ».

Sous la V^e République l'exécutif et sa majorité à l'Assemblée nationale travaillent main dans la main, la séparation des pouvoirs chère à

Montesquieu ayant donc cédé la place depuis longtemps à une collaboration, voire à une forme « d'hybridation » entre les pouvoirs. Le pouvoir judiciaire est resté quelque peu à l'écart de ce travail collaboratif, ce qui peut contribuer à expliquer que ses décisions soient parfois mal comprises. Notre démocratie ne peut se satisfaire d'une défiance entre le monde politique et les juges.

Le rapporteur est convaincu que la séparation des pouvoirs, ou plutôt ce qui en tient lieu, n'interdit pas d'avoir des échanges plus nourris avec les juridictions, à condition qu'ils se déroulent bien sûr dans des conditions respectueuses de l'indépendance de la justice. Les parlementaires en particulier pourraient nourrir davantage la réflexion des juges, en se faisant les porte-voix des préoccupations qui traversent la société.

c) Le dialogue produit des résultats

A l'intention de ceux qui pourraient juger cette vision irénique, il convient de rappeler que les juges ne sont pas insensibles à ce dialogue puisqu'ils ont montré qu'ils étaient capables de faire évoluer leur jurisprudence lorsque des arguments solides leur sont présentés.

C'est peut-être l'évolution de la jurisprudence de la CEDH qui illustre le plus nettement cette attention portée par les juridictions à leur environnement politique.

Comme l'a expliqué le professeur Laurence Burgorgue-Larsen, la doctrine distingue trois grandes périodes historiques dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : le temps de la « déférence diplomatique » entre 1959 et le début des années 1970, marqué par une grande prudence dans ses décisions ; le temps de la « jurisprudence évolutive, » caractérisé par des décisions plus audacieuses, qui a duré entre 1975 et les années 2010 ; enfin, le retour à la déférence depuis 2010, qui est une réaction à des initiatives politiques ayant abouti à consacrer dans un Protocole n° 15 annexé à la convention le principe de subsidiarité et la notion de marge nationale d'appréciation¹. Cette déférence a conduit la Cour à mettre en œuvre une « *procéduralisation du contrôle* », qui a pour effet de « décerner une présomption particulièrement forte de conventionalité à une loi qui a été débattue longuement au sein d'un parlement ».

Avant même l'adoption du Protocole, la Cour avait réorienté sa politique jurisprudentielle à la suite de la tenue des Conférences intergouvernementales de Haut niveau (CIG) où nombre d'États avaient exprimé leur défiance grandissante et leur volonté de voir la Cour renouer avec une plus grande retenue (*self restraint*) dans ses décisions.

¹ Le Protocole précise qu'il « incombe au premier chef aux Hautes parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme instituée par la présente Convention »

Pour le professeur Burgorgue-Larsen, « *la dégradation démocratique vertigineuse à l'est du continent* » conduit désormais la Cour à essayer de « *sauver l'essentiel* » en se concentrant notamment sur le respect des articles 2 (droit à la vie), 3 (prohibition de la torture), 4 (prohibition de l'esclavage) et 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention, qui consacrent « *autant de droits indérogeables* »¹. La Cour veille également à ce que les États ne détournent pas de son objet l'article 18 de la Convention, qui autorise les États à poser des limites aux droits garantis par la Convention, pour faire taire des opposants politiques, des journalistes ou de juges trop indépendants.

La Cour a donc été sensible aux critiques exprimées par les États parties à la Convention et aux reproches « d'activisme judiciaire » qui avaient pu lui être adressés. Le professeur Bertrand Mathieu a exprimé ce point de vue en termes encore plus directs : « *si la Cour a validé l'interdiction du voile islamique dans les universités turques, les crucifix dans les classes italiennes, ou l'interdiction du voile intégral dans l'espace public français, ce n'est pas le résultat d'une analyse juridique rigoureuse, mais d'un rapport de force* »². La Cour est attentive aux arguments développés devant elle par les gouvernements nationaux et aux réactions prévisibles des opinions publiques.

Concernant le droit de l'Union, le juge Jean-Claude Bonichot a également insisté sur le fait que la CJUE pouvait faire évoluer sa jurisprudence à la lumière des arguments présentés par les États. Il a cité l'exemple des décisions successives relatives à la conservation des données de connexion : la Cour a d'abord estimé, de manière tranchée, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd* de 2014, que la conservation générale des données était impossible, même avec des conditions d'accès extrêmement strictes ; puis elle a entendu, avec l'arrêt *Tele2 Sverige*, les critiques exprimées par une grande partie des États membres, inquiets des conséquences de l'arrêt de 2014 sur les enquêtes pénales, et elle a admis des rétentions d'informations ciblées, territorialisées, dans certains espaces menacés ; enfin, en 2020, l'arrêt *Quadrature du Net* a apporté de nouveaux assouplissements en autorisant une rétention générale de données liées à la sécurité nationale pour une durée raisonnable, notamment pour lutter contre la criminalité grave.

Promouvoir le dialogue avec les juges n'est donc pas un exercice sans portée : les élus peuvent apporter aux juges des éléments d'information, des analyses qui vont les aider à prendre une décision plus adaptée aux besoins et aux attentes de la société, et qui sera de ce fait mieux acceptée. Plus profondément, le dialogue peut contribuer à atténuer des incompréhensions qui résultent d'une vraie différence de culture et de perspective entre juge et politiques sur laquelle André Potocki avait à juste titre attiré l'attention de la mission : « *Il est clair qu'il y a une différence de*

¹ Contribution écrite de Mme Laurence Burgorgue-Larsen.

² Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

*culture entre les juges et les politiques. Les responsables politiques développent – c'est bien légitime – une culture de ce que j'appelle, même si l'expression est un peu caricaturale, **l'efficacité managériale**, appliquée à des questions qui exigent des réponses rapides. À cet effet, ils doivent déployer une communication qui s'adresse au plus grand nombre et implique donc qu'elle soit simple. Les juges sont dans une temporalité différente : la justice intervient après que les problèmes se sont posés. La justice traite les cas de façon à la fois différenciée et détaillée, en ayant recours à un ensemble normatif. Dans la réalité, **politiques et juges ne se comprennent pas nécessairement très bien** et peuvent être surpris ou agacés par l'attitude de leurs interlocuteurs. Nous devons avoir conscience de ces différences, qui sont inhérentes à nos missions spécifiques ».*

Aujourd'hui, des occasions de rencontres existent. Les parlementaires sont par exemple invités aux conseils de juridiction organisés par les tribunaux, mais ceux-ci n'existent pas partout. Les magistrats qui participent chaque année au Cycle approfondi d'études judiciaires (Cadej), organisé par l'ENM, suivent des enseignements qui visent à approfondir leur réflexion sur des différents sujets qui ne sont pas en prise directe avec leur pratique quotidienne (la production de la loi, le droit international et européen, les questions budgétaires, la communication...). Un bon nombre des présidents de juridiction et des procureurs de la République sont choisis parmi les magistrats ayant suivi cette formation, ce qui garantit une meilleure prise en compte des enjeux d'insertion de la justice dans la vie de la Cité.

Au Sénat, la commission des lois organise, à l'intention de ses membres, des **stages dans différents tribunaux judiciaires**. Ils sont l'occasion pour les participants de découvrir le fonctionnement de la justice, d'apprécier les conditions de travail des magistrats et des fonctionnaires et d'avoir des échanges fructueux avec les professionnels. Après une première expérience réussie au tribunal judiciaire de Paris en 2021, les membres de la commission seront accueillis au sein des tribunaux judiciaires de Paris, Lyon, Rouen, Lille, Marseille et Bordeaux en 2022¹.

La mission suggère naturellement que **cette bonne pratique soit pérennisée** afin que le plus grand nombre de parlementaires appréhende concrètement les contraintes de la prise de décision juridictionnelle.

Il est également arrivé que l'administration parlementaire accueille en détachement pendant quelques années des magistrats de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire.

La mission considère cependant que de nouveaux outils pourraient être mobilisés pour multiplier les occasions d'échanges et leur donner une plus grande ampleur. Elle a observé avec satisfaction que la Cour de

¹ La commission des lois du Sénat engage ses travaux d'information et de contrôle jusqu'à juin 2022, communiqué de presse du 24 février 2022 et consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/presse/cp20220224.html>

cassation notamment partageait cette préoccupation. Le rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030¹ aborde en effet des problématiques qui font largement écho à celles de la mission d'information : nécessité d'une « *légitimité repensée* » du juge, « *ouverture de la Cour aux regards extérieurs* », « *enrichissement de la Cour par l'intelligence collective* »... Ces orientations ne peuvent qu'encourager un dialogue renouvelé et enrichi entre les responsables politiques et les juges, dans le respect des prérogatives de chacun. Comme l'a déclaré le Procureur général François Molins devant la mission, « *il faut un dialogue pour éviter le duel* ».

2. Enrichir le processus de décision juridictionnel

a) Faire connaître le point de vue de la représentation nationale

Convaincue que le **dialogue entre magistrats et parlementaires** devant les plus hautes juridictions nationales et européennes peut permettre d'enrichir le processus de décision juridictionnel, la mission propose d'établir de pratiques, au premier rang desquelles figurerait l'**adresse d'observations au Conseil constitutionnel au cours de la procédure**. Le Conseil constitutionnel étant le « juge de la loi », ses décisions intéressent tout particulièrement le Parlement.

Le Conseil constitutionnel reçoit, dans des conditions très souples, des « *contributions extérieures* », autrefois appelées « *portes étroites* », qui lui sont adressées par toute personne concernée par la loi soumise à son contrôle et qu'il rend **publiques sur son site internet depuis juillet 2019 dans un souci de transparence**².

Rien ne s'oppose à ce que les parlementaires envoient de telles contributions, mais force est de constater qu'il n'est jamais fait usage d'une telle faculté. Pourtant les parlementaires pourraient trouver intérêt, autant que le Gouvernement qui est le plus souvent seul à intervenir en défense de la loi déférée, à **faire valoir leur point de vue**, sans toutefois reproduire devant le Conseil constitutionnel, les débats tenus au Parlement. Cette situation constitue un **héritage** de l'histoire parlementaire, les présidents respectifs du Sénat et de l'Assemblée nationale Alain Poher et Jacques Chaban-Delmas **ayant refusé**, en 1986, la proposition du président du Conseil constitutionnel de l'époque Robert Badinter, **de formaliser un**

¹ Cf. *le rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021 (Rapport de la Commission 'Cour de cassation 2030'.pdf)*.

² Le Conseil constitutionnel rendra désormais publiques les contributions extérieures qu'il reçoit dans le cadre de son contrôle a priori des lois - *Communiqué de presse du 24 mai 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquel/conseil-constitutionnel-rendra-desormais-publiques-les-contributions-exterieures-qu-il-recoit>*

échange d'observations entre les rapporteurs respectifs de chaque chambre et du Conseil constitutionnel¹.

Le 11 mars 2022, le Conseil constitutionnel a adopté **un règlement intérieur de procédure encadrant les saisines *a priori*²**, comme il en existe un pour les QPC³, qui est venu codifier les pratiques en vigueur. Il entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Il confirme dans ses articles 10 et 11 la possibilité donnée aux parlementaires d'intervenir à la procédure. L'**audition**, à leur demande, **de représentants des auteurs de la saisine et la possibilité pour tous les parlementaires d'envoyer des « observations écrites »**, communiquées aux parties et rendues publiques au moment de la publication de la décision, sont utilement consacrées. Ces observations seront considérées comme des pièces de procédure, à l'inverse des « *contributions* », nouvelle dénomination des « *contributions extérieures* ».

Le rapporteur d'un texte pourrait, en cas de saisine du Conseil, envoyer des observations au juge constitutionnel, éventuellement après les avoir soumises à la commission dont il est membre, pour présenter les considérations qui ont présidé aux choix du Parlement, notamment lorsque la saisine soulève des points qui n'ont pas été abordés ou trop rapidement lors des débats parlementaires⁴. Une telle démarche présenterait un intérêt lorsque la saisine du Conseil aborde des points importants et que des moyens sérieux sont soulevés.

Proposition : Se saisir de la possibilité pour les parlementaires auteurs d'une saisine *a priori* d'être entendus par le Conseil constitutionnel et, pour tous les parlementaires, de faire valoir des observations écrites sur la loi déférée.

En ce qui concerne les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), l'article 23-8 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que les présidents des assemblées sont avisés des saisines QPC par le Conseil d'État ou la Cour de

¹ La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque, Olivier Dord, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 38 (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement) – Janvier 2013. Cet article est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-qpc-et-le-parlement-une-bienveillance-reciproque>

² Décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution. Ce règlement est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022152ORGA.htm>

³ Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions>

⁴ À défaut, une telle contribution pourrait être un peu redondante avec les travaux parlementaires que le Conseil constitutionnel exploite dans ses travaux préparatoires.

cassation et qu'ils « *peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise* ».

L'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC¹ précise que ces autorités peuvent « *présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci* », qui sont versées à la procédure et notifiées aux parties. Cette possibilité n'a toutefois jamais été utilisée par le Président du Sénat, et seulement quatre fois par celui de l'Assemblée nationale aux débuts de la QPC.

Il est permis de penser que les observations des autres parlementaires pourraient également être accueillies par le Conseil constitutionnel² ou que les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, s'ils le souhaitent, pourraient recueillir et transmettre les observations des membres de leur assemblée³, comme l'indiquait Hugues Portelli, rapporteur au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi organique qui modifia ces dispositions.

Il n'est pas forcément aisé pour le président d'une assemblée de s'exprimer sur une disposition législative parfois ancienne et qui a pu être approuvée par une majorité politique différente. De plus, alors que dans le cadre d'une saisine a priori le Conseil juge la loi *in abstracto*, la QPC le conduit à procéder à un examen *in concreto* dans le cadre d'une véritable procédure juridictionnelle. Une intervention parlementaire pourrait se voir reprocher de déséquilibrer le procès dans un sens défavorable à l'une des parties. Le délai limite de réception des observations écrites, fixé en général à trois semaines par le Conseil constitutionnel⁴, constitue en outre une contrainte matérielle qui ne facilite pas l'intervention des parlementaires.

En dépit de ces difficultés, une intervention du Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale pourrait être pertinente pour faire connaître le point de vue de la représentation nationale sur des sujets majeurs et éviter que la « défense de la loi » revienne exclusivement au secrétariat général du Gouvernement (SGG). Chaque parlementaire est informé des QPC qui sont transmises au Conseil constitutionnel. Pour permettre leur examen, même superficiel, en amont d'une éventuelle démarche du président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, les présidents des commissions permanentes pourraient exercer une veille afin de repérer celles qui mériteraient une prise de position.

¹ Ibid.

² Rapport n° 637 (2008-2009) d'Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 29 septembre 2009 sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Il est consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl08-613.html>

³ Compte rendu intégral des débats du Sénat, séance du 13 octobre 2009, consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/seances/s200910/s20091013/s20091013023.html>

⁴ L'article 23-10 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Proposition : Faire usage, dans des affaires majeures, de la possibilité offerte aux présidents des assemblées d'adresser des observations au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une procédure QPC.

Concernant le contentieux porté devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État, il n'existe aucune procédure semblable. Il faut souligner l'**importance occupée par les travaux préparatoires**, comme l'a confirmé François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Ainsi, « *les parties au procès, les rapporteurs, avocats généraux, rapporteurs publics et le juge lui-même y ont fréquemment recours* »¹.

Le rapporteur estime toutefois qu'il pourrait être utile, pour certaines affaires à **fort enjeu**, que les parlementaires puissent adresser au cours de la procédure des **observations écrites**² à l'**avocat général**³ ou au **rapporteur public**⁴, dont le rôle est de présenter une opinion indépendante de celle du magistrat chargé d'instruire l'affaire pour contribuer à **éclairer la formation de jugement**. Ces observations devraient garder un **caractère exclusivement général** pour ne pas être vues comme une forme de « *pression* » sur l'institution judiciaire et ne pas porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Aucune communication ne serait en revanche adressée aux membres de la juridiction en charge de la délibération.

En ce qui concerne l'expression du Parlement devant les juridictions européennes, il convient de veiller à ce qu'une expression non coordonnée avec le Gouvernement n'aboutisse à affaiblir la position de la France, ce qui serait dans bien des cas contre-productif.

Devant la CEDH, le Sénat pourrait en premier lieu chercher à se coordonner avec le Gouvernement afin que ses préoccupations soient prises en compte dans les observations présentées par la France.

Lorsqu'un Français est requérant, l'État est toujours invité à présenter des observations. Il peut intervenir également, si le président de la chambre compétente l'y autorise, dans les affaires ne concernant pas la France. C'est la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères qui assure la défense des intérêts de notre pays dans les contentieux pendants devant la CEDH. Le Gouvernement pourrait

¹ Contribution écrite complémentaire.

² Comme pour le recours à un *amicus curiae*, cette procédure pourrait être formalisée par la loi pour la Cour de cassation et dans le règlement pour le Conseil d'État.

³ Selon l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire le procureur général « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir ».

⁴ Selon l'article L. 7 du code de justice administrative : « Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ».

trouver intérêt à associer le Parlement à sa réflexion pour donner plus de poids à sa position.

**La procédure de tierce intervention
(Article 44 du règlement de la CEDH)**

Tout **État partie** à la Convention dont un ressortissant est concerné par une requête reçoit une copie de cette dernière et est destinataire d'une notification. Il dispose alors d'un délai de douze semaines pour indiquer au greffier de la Cour s'il souhaite présenter ses observations écrites ou prendre part à l'audience. Ces délais peuvent être exceptionnellement prorogés par le président de la chambre examinant la requête.

Par ailleurs, le président de la chambre précitée, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, peut également inviter ou autoriser tout État partie à la Convention mais non partie à la procédure contentieuse ou **toute personne intéressée autre que le requérant**, à présenter ses observations écrites ou, dans des circonstances exceptionnelles, à prendre part à l'audience.

Les observations écrites doivent être rédigées en français ou en anglais, langues officielles de la Cour. Le greffier les transmet aux parties, qui peuvent y répondre par écrit ou, le cas échéant, à l'audience. Cette procédure est également applicable devant la Grande Chambre.

Rien ne s'oppose par ailleurs à ce qu'un parlementaire prenne individuellement l'initiative d'envoyer des observations qui pourront être acceptées par la juridiction. Comme l'a expliqué André Potocki, ancien juge à la CEDH, *« de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) le font. Beaucoup d'institutions publiques ou quasi publiques le font également. Le président (de la Cour) examine la compétence de ceux qui demandent à être entendus au regard du sujet qui est en débat et veille à ne pas laisser se créer un déséquilibre en faveur d'une partie ou d'une autre par une accumulation d'intervenants. Cependant, il accueille assez largement de telles demandes »*.

Proposition : sur des affaires de grande importance, faire parvenir des observations à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans le cadre d'une « tierce intervention ».

En ce qui concerne enfin la CJUE, il serait pertinent que le Sénat - tout comme l'Assemblée nationale - puisse apporter sa contribution à la position française devant la CJUE en cas de contentieux relatif à l'interprétation d'une norme européenne dans le cadre d'un renvoi préjudiciel ou d'un recours en manquement. Ceci afin d'éclairer la Cour sur les effets concrets de telle ou telle disposition en France et de faire entendre son point de vue dans les contentieux pendants devant la CJUE considérés comme stratégiques.

Dans les faits, ces contentieux stratégiques seraient définis, soit en fonction des travaux de la commission des affaires européennes du Sénat, première vigie de la Haute Assemblée sur l'actualité européenne, soit en

fonction de signalements du ministère de l'Europe et des affaires étrangères dans le cadre de l'instance de coordination envisagée.

En pratique, la Haute assemblée pourrait exprimer sa position par la voie d'une lettre ou d'un mémoire écrit transmis en temps utile au ministère de l'Europe et des affaires étrangères, afin que ses agents puissent en tenir compte lors de la procédure contentieuse.

Proposition : Associer le Parlement à l'élaboration des positions défendues par la France dans les contentieux examinés par la CJUE qui présentent un caractère stratégique.

b) Valoriser l'expertise des parlementaires

Encourager le recours à la procédure d'*amicus curiae* pourrait également, comme l'ont indiqué plusieurs personnes entendues, constituer une **bonne voie d'expression pour les parlementaires au cours d'une procédure contentieuse.**

Un *amicus curiae* (littéralement un « ami de la cour ») est une personne ou une organisation extérieure au procès qui partage des informations avec le juge pour l'aider à former son opinion. Contrairement aux observations écrites transmises aux juridictions à l'initiative des parlementaires, le choix d'entendre l'un deux au titre de l'*amicus curiae* relève du seul choix du juge qui instruit l'affaire.

Le **juge administratif** peut y avoir recours en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, créé en 2010¹, qui dispose que : « *La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties. Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement, les parties dûment convoquées* ».

Il revient donc au juge d'apprécier la pertinence d'un tel avis et de le solliciter. Il doit toutefois s'en tenir, au moment de statuer, aux « *observations générales* » formulées par la personne entendue, pour ne pas entacher sa décision d'irrégularité, sans prendre en compte aucune analyse ou appréciation de pièces du dossier qui seraient faites par ce tiers², pour des raisons évidentes d'indépendance et d'impartialité.

¹ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

² Conseil d'État, huitième et troisième sous-sections réunies, 6 mai 2015, n° 375036.

Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État, a ainsi rappelé que **l'avis de Jean Leonetti**¹, ancien député à l'origine des deux lois de 2005² et 2016³ sur la fin de vie, avait été **recueilli lors de l'instruction de l'affaire Vincent Lambert**⁴.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a consacré à l'article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire le **même principe de l'amicus curiae pour la Cour de cassation**⁵ : « Lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation, a ainsi indiqué à la mission que cela permettait à la Cour d'enrichir « sa réflexion de précieuses contributions extérieures tout en garantissant la transparence des consultations, le respect du contradictoire et l'équilibre du procès. Les droits du justiciable font en effet l'objet d'une attention toute particulière afin que le recours à une contribution extérieure n'y portent pas atteinte »⁶.

Possible au regard des textes, la consultation des parlementaires demeure trop exceptionnelle, alors qu'elle pourrait contribuer à alimenter le nécessaire échange entre les élus et le monde judiciaire. Sans en faire une règle générale et à leur seule initiative, il serait utile que nos plus hautes juridictions aient à l'esprit la possibilité de ce type de consultation.

Proposition : Encourager le recueil par le Conseil d'État et la Cour de cassation de l'analyse des parlementaires dans le cadre de la procédure d'amicus curiae.

c) Une procédure ouverte à l'ensemble des parties prenantes

Constatant que les « domaines juridictionnels et politique ne sont pas séparés de façon hermétique mais sont en osmose par une multitude d'interactions »⁷, le rapport de la **commission de réflexion Cour de cassation 2030 préconise de traiter par une procédure exceptionnelle certaines « affaires phares »**, identifiées parmi les pourvois à fort enjeu sociétal. Cette

¹ Outre Jean Leonetti, avaient également été entendus l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique, le Conseil national de l'ordre des médecins.

² Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

³ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

⁴ Conseil d'État, Assemblée, 24 juin 2014, Vincent Lambert, n° 375081.

⁵ Seule concernée pour l'ordre judiciaire, à la différence de l'ordre administratif.

⁶ Contribution écrite complémentaire.

⁷ Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021, p. 46. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante :

<https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>

« *procédure interactive ouverte* » se déroulerait en **deux temps** : une **séance préparatoire publique** qui pourrait faire intervenir, outre les parties et leurs conseils, le point de vue d'*amicus curiae* ou d'autres tiers, puis une **audience de plaidoirie plus classique**, permettant de débattre des conséquences juridiques des éléments apportés par la séance préparatoire. La commission suggère également que l'arrêt intègre des opinions séparées à sa motivation.

Lors de son audition, André Potocki, qui a présidé la commission Cour de cassation 2030, a donné l'exemple des affaires sur la **gestation pour autrui** ou sur la **laïcité** comme propices à cette nouvelle catégorie d'audience. Comme il l'a précisé devant la mission, « *il ne s'agirait pas de donner la justice en spectacle mais de montrer la complexité des affaires qui lui sont soumises et comment elle les traite* ». Ou pour reprendre les mots de Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation, « *La Cour ferait ainsi d'une affaire sensible un moment de justice accessible* »¹.

La mission considère que cette proposition est tout-à-fait pertinente. Si elle donne satisfaction, cette procédure ouverte pourrait également être mise en œuvre par le Conseil d'État, la Haute juridiction administrative ayant également régulièrement à connaître d'affaires ayant un grand retentissement politique, économique ou éthique.

Les juridictions suprêmes doivent pouvoir prendre en compte toutes les dimensions des problèmes complexes qui leur sont soumis, et dont la résolution ne peut se résumer à la mise en œuvre d'un syllogisme juridique. La consultation des parties prenantes, l'ouverture sur la Cité permettent de cerner plus aisément l'intérêt général qui doit guider la décision juridictionnelle au-delà de la seule technique juridique.

Proposition : Mettre en œuvre la proposition du rapport Cour de cassation 2030 d'organiser une « *procédure interactive ouverte* » pour les affaires à fort enjeu sur lesquelles doit statuer la Cour de cassation.

3. Favoriser un dialogue interinstitutionnel plus nourri

Au terme des auditions, le rapporteur est convaincu de l'intérêt de prendre de nouvelles **initiatives pour favoriser les échanges et la compréhension mutuelle** entre les juridictions et le monde politique et la société plus généralement.

¹ Contributions écrites complémentaires.

a) *Mieux expliquer le sens des décisions de justice*

La première condition d'une meilleure compréhension des décisions de justice et d'un dialogue avec l'ensemble des parties prenantes est que le justice explique ses décisions dans un langage clair.

A cet égard, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont récemment fait **évoluer les modalités de rédaction des décisions juridictionnelles** dans un double objectif : **enrichir la motivation** et **clarifier la rédaction** pour en **faciliter la compréhension**. Les plus hautes juridictions de l'ordre juridique national ont toutes deux mis en place un nouveau mode de rédaction depuis 2019.

Le Conseil d'État a ainsi généralisé la **rédaction en style direct** de toutes les décisions rendues par les juridictions administratives depuis le 1^{er} janvier 2019, ce qui revenait à abandonner le marqueur bien connu mais ancien « *considérant que* », et **rendu public un « vade-mecum »**¹ très complet facilitant l'**harmonisation rédactionnelle de la jurisprudence**. Ce dernier présente la méthodologie permettant d'enrichir « *les motifs* » de la décision, soit le raisonnement du juge, qui vont « *permettent aux parties de comprendre les raisons qui ont conduit le juge à rejeter ou à faire droit à leurs prétentions* »². Une **motivation enrichie** permet également de **mieux éclairer et justifier le sens de la décision**, notamment **auprès de l'auteur du texte contesté**, qu'il s'agisse du législateur ou de pouvoir réglementaire.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a **modernisé les techniques de rédaction de ses arrêts**, en utilisant le *style direct* et en les **structurant en trois parties** : les faits et la procédure ; l'examen des moyens – comprenant leur présentation et la réponse de la Cour ; et enfin le dispositif. Comme l'indique Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation « *la motivation des arrêts d'une Cour ne peut se réduire à une énonciation d'arguments d'autorité et son acceptation par les parties au litige et par la société dépend étroitement de ses qualités explicatives, démonstratives et justificatives* »³.

En outre, les arrêts les plus importants de la Cour de cassation bénéficient plus systématiquement d'une motivation développée qui met en évidence la méthode d'interprétation des textes pertinents retenue par la Cour ; les solutions alternatives écartées, à condition qu'elles aient été sérieusement discutées ; les « *précédents* » pour donner plus de lisibilité aux évolutions de la jurisprudence et fait état des études d'incidence effectuées lorsqu'elles ont joué un rôle conséquent dans le choix de la solution adoptée.

¹ *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, consultable à l'adresse suivante :*

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>

² *Ibid.* p. 8.

³ *Contribution écrite complémentaire.*

Les arrêts dont l'écho citoyen est important bénéficient tant pour l'ordre judiciaire qu'administratif d'une **motivation plus développée voire d'explications d'ordre pédagogique**, formalisées le cas échéant, par un communiqué de presse, qui peuvent s'accompagner de la publication de pièces de la procédure (rapport du rapporteur public, du conseiller ou avis de l'avocat général).

Le rapporteur estime que le **recours à la motivation la plus enrichie et claire possible constitue un instrument de nature à faciliter l'accessibilité des décisions de justice et le dialogue entre justice et politique**. En outre, plutôt que de s'engager dès à présent dans la publication d'« *opinions séparées* » ou « *dissidentes* » comme le suggère le rapport Potocki pour la Cour de cassation, le rapporteur estime qu'il serait tout aussi utile de commencer par publier plus fréquemment les rapports et avis établis par les juges et rapporteur public ou avocats généraux en charge d'une affaire.

Proposition : Poursuivre le recours à une motivation « enrichie » accompagnée d'une communication pédagogique pour toutes les affaires qui s'y prêtent en cassation.

b) Des juridictions qui rendent compte de leur action

Institué par l'article R. 212-64 du code de l'organisation judiciaire, le conseil de juridiction, instance locale coprésidée par le président et le procureur de la République de chaque tribunal judiciaire et dont l'objet même est d'être « *un lieu d'échanges et de communication entre la juridiction et la cité* » pourrait être l'**instance idoine au dialogue institutionnel de proximité entre les parlementaires et tous les acteurs de la justice**. Cet organe n'exerce évidemment « *aucun contrôle sur l'activité juridictionnelle ou sur l'organisation de la juridiction ni n'évoque les affaires individuelles dont la juridiction est saisie* ».

Article R. 212-64 du code de l'organisation judiciaire

« I. – Le conseil de juridiction, coprésidé par le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République, est un lieu d'échanges et de communication entre la juridiction et la cité. Il se réunit au moins une fois par an.

L'ordre du jour est arrêté par les chefs de juridiction après avis du directeur de greffe en comité de gestion et de l'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires, qui peuvent également faire des propositions d'ordre du jour.

Le conseil de juridiction se compose de magistrats et fonctionnaires de la juridiction désignés par la commission restreinte ou l'assemblée plénière en fonction de la taille de la juridiction et, en fonction de son ordre du jour, notamment :

1° De représentants de l'administration pénitentiaire et de la protection judiciaire de la jeunesse ;

2° De représentants locaux de l'État ;

3° De représentants des collectivités territoriales ;

4° De personnes exerçant une mission de service public auprès des juridictions ;

5° Du bâtonnier de l'ordre des avocats du ressort et de représentants des autres professions du droit ;

6° De représentants d'associations ;

7° De représentants des conciliateurs de justice désignés par le magistrat coordonnateur de la protection et de la conciliation de justice pour le ressort de la juridiction.

Cet organe n'exerce aucun contrôle sur l'activité juridictionnelle ou sur l'organisation de la juridiction ni n'évoque les affaires individuelles dont la juridiction est saisie.

II. – Lorsque sa consultation est requise par des dispositions législatives ou réglementaires, le conseil de juridiction, coprésidé par le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République près ce tribunal, est composé :

1° Du directeur de greffe ;

2° D'au moins un magistrat du siège désigné par l'assemblée des magistrats du siège ou son suppléant ;

3° D'au moins un magistrat du parquet désigné par l'assemblée des magistrats du parquet ou son suppléant ;

4° D'au moins un fonctionnaire désigné par l'assemblée des fonctionnaires du greffe et, le cas échéant, du secrétariat de parquet autonome, ou son suppléant ;

5° Du maire de la commune siège du tribunal judiciaire ;

6° Du président du conseil départemental ou du président de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale exerçant les compétences du département ou, en Guyane, du président de l'Assemblée de Guyane ;

7° Du bâtonnier de l'ordre des avocats du ressort.

Les personnes mentionnées aux 1°, 5°, 6° et 7° peuvent se faire représenter.

Le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République près ce tribunal recueillent l'ensemble des observations présentées lors de la réunion du conseil de juridiction. Ils rédigent, dans un délai de huit jours suivant la réunion, une synthèse de ces observations ».

Sa composition prévoyait auparavant « notamment » la présence de « parlementaires élus du ressort ». Un décret¹ venu tirer les conséquences de l'article LO 145 du code électoral² entré en vigueur le 1^{er} juillet 2018, selon lequel un parlementaire ne peut plus être désigné dans une institution ou un organisme extérieur qu'en vertu d'une disposition législative qui détermine les conditions de sa désignation, a supprimé cette mention.

Il en résulte une certaine confusion dans les juridictions dont certaines ne savent plus si elles peuvent ou non y convier des

¹ Décret n° 2019-912 du 30 août 2019 modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

² Issu de l'article 13 de la loi organique du n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique adopté à l'initiative du Sénat.

parlementaires... Le rapporteur estime que la **présence des parlementaires du ressort se justifie pleinement au sein de ces instances**. Rien ne s'oppose à ce qu'ils soient conviés mais il pourrait être opportun de clarifier la situation dans la loi. La mission d'information préconise également **d'envisager de créer le même type d'instance pour la juridiction administrative**.

Les interlocuteurs de la mission ont dressé un bilan mitigé des conseils de juridiction, qui s'ajoutent à l'agenda déjà chargé des magistrats et qui deviennent parfois une « grand-messe », avec des échanges formels voire convenus, peu propices à un dialogue franc. Elles facilitent cependant les rencontres et peuvent s'accompagner d'échanges informels en marge de la manifestation. Beaucoup dépend de la manière dont l'ordre du jour est conçu et la circulation de la parole favorisée.

Le rapport de la commission de réflexion sur la *Cour de cassation 2030*¹ propose de créer, sur le même modèle, un **conseil de juridiction au niveau de la Cour de cassation**, réunissant une ou deux fois par an des parlementaires – présidents des commissions des lois de chaque assemblée notamment – du ministère de la justice, de l'ordre des avocats aux Conseils, des représentants de la profession d'avocat, auxquels pourraient être ponctuellement adjoints d'autres personnalités. Le rapporteur estime que cette instance favorisant le dialogue, l'explication et la pédagogie de part et d'autre **pourrait également être créée au niveau du Conseil d'État**.

Ce conseil de juridiction rendrait possible un dialogue entre les pouvoirs, permettrait aux cours suprêmes de communiquer sur leur action et leurs orientations et les aiderait à saisir les attentes des autres institutions et du corps social en général.

Des « **ateliers de jurisprudence** » pourraient également être organisés pour travailler sur des thématiques plus précises et recueillir les observations des acteurs de terrain sur la mise en œuvre de la jurisprudence et son impact. Des parlementaires pourraient y être conviés si cet exercice invite en écho à réfléchir à une évolution de la loi.

Proposition : Faire du conseil de juridiction, local et national, une véritable instance de dialogue et de concertation avec les élus et avec la cité.

Il serait par ailleurs souhaitable que les chefs de cour de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État viennent **présenter devant le Parlement leur rapport annuel**. Cette présentation pourrait prendre la forme

¹ *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021, p. 85. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>*

d'une audition devant la commission des lois ou d'un débat en séance publique. Ces rapports présentent une synthèse de la jurisprudence de l'année écoulée, comportent une étude thématique et éventuellement des propositions de réformes des textes législatifs ou réglementaires. Ils pourraient permettre également de mieux cerner les pratiques juridictionnelles, par exemple pour suivre dans le temps l'usage qui est fait des pénalités qui peuvent être infligées par les tribunaux en cas de recours abusif.

Proposition : Organiser une présentation au Parlement du rapport annuel de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Dans le même esprit, pour que les juridictions rendent compte de leur action auprès du grand public, la mission souscrit au souhait du Conseil supérieur de la magistrature¹ de **renforcer la communication institutionnelle des juridictions**. Comme l'indiquait le procureur général près la Cour de cassation aux sénateurs membres de la mission, François Molins, la désignation d'un porte-parole de juridiction pourrait être l'un des moyens d'y parvenir.

c) Créer des moments de réflexion partagée avec le Conseil constitutionnel

La mission suggère également d'ouvrir un espace de **dialogue régulier avec le Conseil constitutionnel**, eu égard à son rôle éminent dans la construction de la loi. Les modalités de ce dialogue pourraient être définies en accord avec le Conseil constitutionnel, qui pourrait idéalement en prendre l'initiative, ce qui ne garantirait qu'il ne soit pas perçu comme une forme de pression.

Cet échange pourrait par exemple prendre la forme d'une **présentation par le président du Conseil constitutionnel de son rapport annuel aux assemblées**. Il pourrait s'inspirer de la présentation du rapport annuel de la Cour des comptes en séance publique au Sénat, dans des conditions fixées par la Conférence des présidents². Si une assemblée peut inscrire à son ordre du jour un débat sur tout sujet d'intérêt général, comme le rapport annuel du Conseil constitutionnel ou celui de la Cour des comptes, la loi ne pourrait toutefois ni l'imposer ni requérir la présence des

¹ Avis au président de la République sur la responsabilité et la protection des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 24 septembre 2021, p. 30, consultable à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites/avis-au-president-de-la-republique-sur-la-responsabilite-et-la-protection-des-magistrats>

² Voir par exemple la séance du 24 février 2022 sur le dépôt du rapport public annuel de la Cour des comptes suivi d'un débat, dont le compte rendu est consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/seances/s202202/s20220224/st20220224000.html>

responsables de ces institutions, au risque de soulever des difficultés d'ordre constitutionnel¹.

Cet échange pourrait également prendre la forme d'un **séminaire réunissant autour du Conseil constitutionnel des parlementaires**, des avocats, des universitaires, des magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'État, en commençant par exemple par un **retour d'expérience sur la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité**. Cela pourrait être une première étape intéressante pour créer de nouvelles modalités de dialogue.

La mission suggère en résumé deux modalités de dialogue, l'une formalisée à travers une présentation du rapport annuel aux assemblées, l'autre plus informelle. L'objectif serait que le Conseil constitutionnel puisse s'emparer de l'une ou l'autre de ces deux modalités, voire les deux.

Proposition : Créer un espace de dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel, soit par la voie de la présentation du rapport annuel, soit suivant des modalités plus informelles.

d) Envisager l'audition des juges français à la CJUE

Dans le cadre de ce dialogue institutionnel plus nourri entre le Sénat et les différentes juridictions, ne conviendrait-il pas également de garantir des échanges avec les magistrats candidats aux plus hautes fonctions juridictionnelles européennes ?

Les candidats aux postes de juge et d'avocat général à la CJUE, à l'heure actuelle, sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres, après consultation d'un comité institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions en question².

Ces juges et avocats généraux sont choisis parmi des personnalités offrant « *toutes les garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires*³ ». Ils ne sont donc pas être obligatoirement des magistrats mais

¹ Commentaire de la décision n° 2005-517 DC du 7 juillet 2005 sur la loi organique modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, p. 4, consultable à l'adresse suivante :

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_517dc.pdf

² Article 255 du TFUE. Selon cet article, le comité chargé de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions est composé de « sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires. »

³ Article 253 du TFUE.

peuvent être également des personnalités dotées de compétences juridiques unanimement reconnues (certains États membres désignent ainsi des avocats ou des professeurs de droit). Juges et avocats généraux sont désignés pour une durée de six ans renouvelable. Leur renouvellement partiel a lieu tous les trois ans.

Dans le dispositif envisagé, le comité prévu par l'article 255 du TFUE procéderait toujours à l'évaluation de l'adéquation des candidatures à l'exercice des fonctions de juge ou d'avocat général de la Cour. Une fois l'avis du comité transmis au gouvernement français sur la ou les candidatures présentées, les candidats seraient entendus par les commissions compétentes de chaque assemblée, qui auraient ainsi l'opportunité d'échanger avec eux sur la jurisprudence de la CJUE, de connaître leur vision du rôle de la Cour et de vérifier leur aptitude à réfléchir sur l'articulation des systèmes juridiques européens et nationaux. En pratique, les candidats seraient entendus, dans chaque assemblée, par une réunion conjointe des commissions des affaires européennes et des lois.

Une telle formalité est déjà mise en œuvre dans certains États membres. Elle constituerait une opportunité pour les candidats à ces fonctions, d'avoir un dialogue franc avec les parlementaires compétents et d'être « sensibilisés » aux priorités européennes du moment pour le Parlement.

En pratique, cette audition pourrait être organisée par lettre des présidents de commissions compétentes dans le cadre d'un « gentlemen's agreement » avec le Gouvernement. Elle serait alors subordonnée au bon vouloir des candidats. Pour rendre cette audition obligatoire et donner un pouvoir décisionnel au Parlement, une révision de la Constitution serait nécessaire pour modifier son article 13, qui fixe la liste des emplois et fonctions dont la nomination est soumise à un avis public des commissions permanentes du Parlement, en prévoyant d'y associer la commission des affaires européennes.

À l'issue de cette audition, qui donnerait lieu à un compte rendu, les candidats retenus par le Gouvernement pourraient être nommés d'un commun accord avec les Gouvernements des autres États membres.

Une telle procédure ne pourrait être envisagée pour le juge français à la CEDH, car les membres de cette juridiction sont déjà élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) pour un mandat de neuf ans non renouvelable.

Pour le poste de juge qui lui est attribué, chaque État partie propose une liste de trois candidats. Un panel consultatif constitué de sept membres désignés pour leurs compétences¹, formule des avis sur ces candidatures.

¹ Le panel « se compose de sept membres choisis parmi des membres des juridictions nationales suprêmes, d'anciens juges de juridictions internationales, y compris de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juristes possédant des compétences reconnues, qui siègeront en leur qualité

Puis, la commission sur l'élection des juges de l'APCE¹ entend les candidats en audition (à huis-clos), évalue leur parcours professionnel et formule des recommandations sur les qualifications des candidats à l'Assemblée. Son rapport est rendu public. Enfin, les juges sont élus par l'Assemblée plénière à la majorité des voix exprimées².

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

C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE

La mission plaide pour que les juridictions exercent leur pouvoir avec retenue, ce qui suppose une prise de conscience de la part des magistrats et une forme d'autorégulation. Cette prise de conscience est déjà présente chez certains juges appelés à de hautes fonctions : lors de son audition par la commission des lois du Sénat, François Seners, désigné par le Président du Sénat pour siéger au Conseil constitutionnel a ainsi estimé que « *quand les jurisprudences peuvent avoir une tentation d'audace, le juge a alors une responsabilité de retenue. La retenue est une valeur cardinale pour le juge constitutionnel* ». Diffuser cette culture de la retenue permettrait d'éviter la plupart des excès, éventuels, de la judiciarisation et d'avoir à envisager des mesures moins respectueuses de l'indépendance des pouvoirs.

1. Concilier indépendance et reddition des comptes : un office du juge responsable

a) *Intégrer les questions d'autorégulation et la prise en compte de l'intérêt général à la formation des magistrats*

L'exercice par le juge de son office constitue une question centrale – mais non moins sensible – de la judiciarisation de la vie publique.

Le rapporteur rejoint à cet égard l'analyse d'André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion *Cour de cassation 2030*, selon lequel le juge doit exercer sa mission avec « *mesure et retenue pour éviter toute tension inutile et permettre à chacun de*

personnelle. La composition du Panel est équilibrée du point de vue géographique et de la parité hommes-femmes. » (résolution CM/Res(2010)26 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

¹ Cette commission est composée de 20 membres titulaires et de 20 membres suppléants désignés par le Bureau de l'APCE sur la base des propositions de ses groupes politiques.

² Les parlementaires français appartenant à la délégation française à l'APCE, soit vingt-quatre députés (douze titulaires et douze suppléants) et douze sénateurs (six titulaires et six suppléants), participent à cette élection.

jouer efficacement son rôle institutionnel »¹. Le vice-président du Conseil d'État, Didier-Roland Tabuteau, a quant à lui rappelé lors de son audition le sens de « *l'éthique du juge administratif* », « *qui doit être le ministre fidèle de la loi et ne saurait en méconnaître la lettre au nom de considérations d'équité* ».

Il appartient avant tout au juge de s'autolimiter en s'abstenant de trancher des questions éminemment politiques, conformément au cadre déontologique qui s'impose à lui.

La **formation des magistrats**, aujourd'hui logiquement centrée sur les questions juridiques – sauf pour les élèves de l'INSP – **pourrait utilement intégrer des thématiques relatives à l'action publique et à l'intérêt général**.

La mission préconise donc de **faire bénéficier tous les magistrats au titre de la formation initiale, qu'ils soient judiciaires ou administratifs des matières du « tronc commun »** proposé par l'Institut national du service public (INSP). Dans le schéma actuel, seuls les élèves de l'INSP – ancienne École nationale d'administration – et de l'École nationale de la magistrature (ENM) en bénéficieront en 2022, ce qui est une bonne chose. Il conviendrait de l'étendre aux élèves du centre de formation de la juridiction administrative qui ne sont pas recrutés par la voie de l'INSP – magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel recrutés par les concours directs, détachement ou tour extérieur.

Proposition : Faire bénéficier tous les magistrats au titre de leur formation initiale des enseignements du « tronc commun » proposé par l'Institut national du service public (INSP).

b) Veiller à la diversité des profils dans les recrutements et les nominations

Les magistrats seront davantage enclins à faire preuve de retenue et à prendre des décisions pragmatiques si des profils variés coexistent au sein de la magistrature, permettant une meilleure appréhension de toutes les dimensions d'une affaire.

Les juges administratifs sont tenus d'effectuer une mobilité au début de leur carrière, ce qui leur donne l'occasion de connaître pendant deux ans le fonctionnement de l'administration. Les membres du Conseil d'État connaissent des expériences variées, en administration centrale, dans les cabinets ministériels, voire dans le secteur privé, qui les préparent à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles.

La justice judiciaire connaît moins de mouvements de ses magistrats à l'extérieur du corps, même si certains peuvent être détachés à la Chancellerie ou à l'inspection générale de la justice. Mais il faut noter que

¹ Contribution écrite complémentaire.

40 % des candidats admis à l'ENM ont exercé une autre profession avant d'exercer le concours. Ils ont pu être greffier, avocat, commissaire de police, ou venir d'un horizon plus éloigné du monde de la justice. Cette diversité des recrutements est un gage d'ouverture vers la société.

Concernant le Conseil constitutionnel, dont les membres sont nommés par le Président de la République, par le Président du Sénat et par le Président de l'Assemblée nationale, la mission estime souhaitable de **conserver une composition** que l'on pourrait définir comme « *mixte* », avec des **juristes** mais aussi des **politiques** – hormis les anciens présidents de la République qui ne devraient plus être membres de droit ce qui fait consensus – ou des **hauts fonctionnaires** afin de garantir que les **décisions sont prises en prenant en compte l'intérêt général ainsi que les contraintes du fonctionnement de l'État**.

En ce qui concerne enfin la CJUE et la CEDH, la France, qui a, en principe, le choix entre des magistrats ou des personnalités ayant des compétences notoires (avocats ou professeurs de droit), privilégie les premiers, ce qui paraît parfaitement adapté à la mission à exercer.

c) Moderniser les conditions de la responsabilité des magistrats judiciaires

Plusieurs personnes entendues ont rappelé à juste titre que le **juge doit pouvoir prendre des décisions juridictionnelles sans craindre de sanction disciplinaire sur le contenu de ces actes**. Pour autant, l'indépendance n'interdit pas de rendre des comptes en cas de manquement. Même si ces manquements ne sont pas au cœur du phénomène de la judiciarisation, un accent mis sur la déontologie, la sanction de comportements déplacés sont de nature à éviter d'éventuels excès et à favoriser un exercice retenu de leur pouvoir par les magistrats.

Le code de justice administrative¹ affirme les exigences **d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent au juge administratif** réaffirmées par la loi du n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Sans préjuger de l'avenir, peu de pistes d'évolution sont ressorties des auditions à cet égard.

L'évolution des obligations déontologiques et de la responsabilité des magistrats judiciaires est en revanche un sujet d'actualité. Le **Conseil supérieur de la magistrature (CSM)**, saisi par le Président de la République d'une demande d'**avis sur la responsabilité et l'indépendance des magistrats**, lui a remis son rapport le 24 septembre 2021². Il y formule **trente propositions articulées autour de quatre idées** : la **déontologie**, la **détection**

¹ Articles L. 131-1 et suivants pour les membres du Conseil d'État, L. 231-1 et suivants pour les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

² Avis au président de la République sur la responsabilité et la protection des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 24 septembre 2021, consultable à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites/avis-au-president-de-la-republique-sur-la-responsabilite-et-la-protection-des-magistrats>

des manquements disciplinaires, les poursuites disciplinaires et l'échelle des sanctions, ainsi que la protection personnelle et fonctionnelle des magistrats.

**Principales propositions de l'avis remis au Président de la République
par le Conseil supérieur de la magistrature le 24 septembre 2021**

1) Placer la déontologie au cœur de la fonction de magistrat

- instaurer pour les chefs de cours une évaluation dite « à 360° » ;
- instaurer une communication annuelle sur le nombre et les circonstances des avertissements prononcés et porter leur durée d'inscription au dossier du magistrat de trois à cinq ans ;
- octroyer à la commission d'admission des requêtes¹ intervenant lors de la saisine d'un justiciable en application de l'article 65 de la Constitution, un pouvoir de rappel des obligations déontologiques afin de ne pas laisser sans réponse des comportements qui, sans être susceptibles de revêtir une qualification disciplinaire (attitude inappropriée à l'audience par exemple), participent de la perte de confiance des justiciables dans la justice.

2) Favoriser la détection des manquements disciplinaires

- permettre aux chefs de cour de saisir directement l'inspection des services judiciaires en vue d'engager une enquête administrative, et à la commission d'admission des requêtes de procéder à des investigations en s'appuyant sur l'inspection générale de la justice.

3) Améliorer le déroulement des poursuites disciplinaires et l'échelle des sanctions

- revoir la définition de la faute disciplinaire tout en maintenant la sanctuarisation de l'acte juridictionnel ;
- fixer au garde des Sceaux un délai de trois mois après le dépôt d'un rapport d'enquête administrative pour décider des suites disciplinaires, l'absence de saisine valant classement sans suite passé ce délai ;
- rénover l'échelle des sanctions disciplinaires pour mieux appréhender les différents manquements poursuivis.

4) Renforcer la protection personnelle et fonctionnelle des magistrats

- permettre à tout magistrat de saisir le CSM en cas d'atteinte à son indépendance, et instaurer la faculté pour le CSM de se saisir d'office en pareil cas, à l'effet d'émettre une recommandation pour faire cesser l'atteinte ;
- faciliter l'octroi de la protection fonctionnelle.

Source : Conseil supérieur de la magistrature²

Sans aller dans le détail de toutes les propositions ce qui n'est pas l'objet de la mission, le rapporteur **approuve le principe de cette démarche et préconise d'en engager la mise en œuvre dès que possible. Il revient au Gouvernement de se saisir de ces propositions.** Il s'agit toutefois d'une **évolution culturelle pour le monde judiciaire**, qui devra se montrer prêt à

¹ Article 50-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

² Ibid.

une plus grande affirmation de la responsabilité du juge dans la société, sans mettre en cause son indépendance.

Proposition : Engager la mise en œuvre des propositions relatives à la responsabilité des magistrats figurant dans l'avis du Conseil supérieur de la magistrature remis au Président de la République le 24 septembre 2021.

d) Faire aboutir la révision constitutionnelle relative au statut des magistrats du parquet

Le statut des magistrats du parquet constitue de longue date un **objet de discussion**. Le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision QPC du 8 décembre 2017 que **la Constitution consacre « l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège »**¹. Au surplus, il a jugé que le **modèle français qui place les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des Sceaux** lequel peut leur adresser des instructions générales de politique pénale², est **conforme à la Constitution**, dans la mesure où il opère une conciliation équilibrée entre les principes énoncés et ne méconnaissent pas la séparation des pouvoirs.

Toutefois, afin de permettre de **mettre définitivement fin aux polémiques sur les conditions de nomination des magistrats du parquet**, la mission formule le **souhait de voir aboutir la révision constitutionnelle relative au statut du parquet, dans le texte déjà voté en termes identiques par les deux assemblées**.

Il a pour objet, sans remettre en cause la capacité du Gouvernement à déterminer la politique pénale, d'harmoniser les règles de nomination des magistrats du siège et du parquet. Il prévoit que la **nomination des magistrats du parquet se fasse sur l'avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet** - et plus sur son avis simple -, par alignement sur la procédure de nomination des magistrats du siège³, et, transfère **la compétence disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet du ministre de la justice à la formation du Conseil compétente à l'égard des magistrats du parquet**,

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]

² En application de l'article 30 du code de procédure pénale.

³ La réforme adoptée n'aligne toutefois pas complètement le mode de nomination des magistrats du siège sur ceux du parquet. Les magistrats du parquet près la Cour de cassation, procureur généraux et procureurs de la République demeurent nommés par l'exécutif, alors que leurs homologues du siège sont nommés sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

qui statuerait comme conseil de discipline, là encore par alignement sur la situation applicable aux magistrats du siège.

Cette réforme correspond à la pratique : autant dans ces conditions dire les choses, ou plutôt les écrire, afin de lever un élément, inutile, d'incompréhension entre magistrats et monde politique. En renforçant la confiance dans la justice et en réaffirmant son indépendance, cette réforme inviterait les magistrats à exercer leur mission en pleine responsabilité.

Proposition : Adopter la révision constitutionnelle relative au statut du parquet, dans le texte déjà voté en termes identiques par les deux assemblées.

2. Rechercher un meilleur partage entre responsabilité pénale et responsabilité politique

La mission d'information souhaite mettre en débat une réforme de la Cour de justice de la République (CJR), qui viserait à éviter des mises en cause injustifiées sur le plan pénal pour redonner toute sa place au contrôle politique exercé par le Parlement.

Les hauts magistrats qui animent aujourd'hui la CJR ont dressé devant la mission un bilan très mitigé de son fonctionnement. Des procédures longues et complexes ont abouti à des relaxes ou à des peines symboliques. Le champ de compétences restreint de la Cour, qui connaît de la situation des seuls ministres, ne lui permet pas d'avoir une vision globale des dossiers dès lors que d'autres acteurs sont impliqués, ce qui peut faire obstacle à la manifestation de la vérité. Les décisions de la Cour ne peuvent être contestées en appel, mais seulement faire l'objet d'un pourvoi en cassation, ce qui constitue une exception au principe du double degré de juridiction dont la justification n'est pas évidente.

Une réforme de la CJR mérite donc d'être envisagée. Afin de mettre un terme au soupçon d'une justice « politique », administrée par des élus qui se protégeraient entre eux, la compétence des juridictions de droit commun paraît s'imposer. Le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en août 2019, prévoyait de confier le jugement des affaires à la cour d'appel de Paris. Le rapporteur propose d'aller au bout de la logique qui consiste à retenir la compétence des juridictions de droit, en confiant ce contentieux, en première instance, au tribunal correctionnel de Paris, et à la cour de Paris en appel. Eu égard à la complexité de certaines affaires, le double degré de juridiction constituerait une avancée pour les droits du justiciable et pour une bonne administration de la justice.

La compétence des juridictions de droit commun permettrait de mettre fin à l'actuel éclatement des procédures. Le ministre et ses éventuels collaborateurs coauteurs ou complices de l'infraction seraient jugés ensemble. Les plaignants pourraient se constituer parties civiles et ainsi être présents à l'audience.

Le filtre de la commission des requêtes devrait être maintenu, et même renforcé, afin d'éviter des plaintes abusives qui n'auraient d'autre objet que de déstabiliser, à des fins politiques, l'action d'un ministre. On pourrait imaginer que la commission réunisse, de façon paritaire, des magistrats professionnels, issus, comme c'est le cas aujourd'hui, de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes, et des parlementaires afin que l'examen des dossiers bénéficie de leur double regard. Une telle réforme nécessiterait sans doute de faire évoluer les modalités de fonctionnement de la commission, afin de réserver par exemple la tenue des réunions plénières à l'examen des décisions de renvoi vers la commission d'instruction tandis qu'un groupe de travail plus restreint écarterait les requêtes manifestement irrecevables ou infondées.

L'instruction des dossiers continuerait à être confiée à une commission composée de magistrats très expérimentés, ce qui est une garantie d'indépendance et de professionnalisme.

Proposition : Débattre d'une réforme de la responsabilité pénale des ministres qui confierait ce contentieux au tribunal de Paris, avec un filtre assuré par une commission paritaire associant magistrats et parlementaires.

Lors de son audition, le professeur Cécile Guérin-Bargues a proposé que les fautes non intentionnelles des ministres ne puissent donner lieu à des poursuites pénales et qu'elles relèvent de la seule responsabilité politique du ministre. Reprenant une idée défendue par Guy Carcassonne, elle a suggéré que la décision prise par la commission des requêtes de mettre en jeu la responsabilité politique du ministre ou de l'ancien ministre entraîne la création, de droit, d'une commission d'enquête parlementaire aux pouvoirs renforcés, compétente pour proposer une sanction appropriée (destitution, interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales, inéligibilité...). Dans ce schéma, un débat serait inscrit de droit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, au cours duquel la personne mise en cause serait entendue, l'Assemblée décidant *in fine* de lui accorder son *quitus* ou de lui imposer une sanction.

Cette proposition peut être intellectuellement séduisante mais elle présenterait l'inconvénient d'instaurer une irresponsabilité des ministres pour des infractions pénales non intentionnelles, ce qui est peu cohérent avec la volonté de rapprocher leur régime de responsabilité pénale du droit

commun. Si une infraction non intentionnelle a été commise par le ministre, il doit pouvoir en répondre devant les juridictions comme tout justiciable. En revanche, si les faits reprochés ne sont pas constitutifs d'une infraction mais seulement d'une faute de gestion ou d'une erreur d'appréciation, alors un contrôle politique peut être mise en œuvre.

Si la commission des requêtes estime qu'une plainte doit être rejetée, aucune infraction n'étant constituée, mais que son travail met en lumière des fautes de gestion, le Parlement pourrait se saisir du dossier en créant par exemple une **commission d'enquête** ou en dotant une commission permanente des pouvoirs d'une commission d'enquête.

L'Assemblée nationale et le Sénat ont beaucoup développé leurs travaux de contrôle, notamment depuis la révision constitutionnelle de 2008 qui a instauré le droit de tirage des groupes. Ils doivent constituer le vecteur privilégié par lequel s'exerce le **contrôle politique** sur l'action du Gouvernement, le Sénat ayant un rôle particulier à jouer dans la mesure où il dispose d'une plus grande autonomie vis-à-vis de l'exécutif que l'Assemblée nationale, davantage marquée par le fait majoritaire. Ils peuvent être mobilisés rapidement comme l'a montré la réactivité de nos collègues de la commission des affaires sociales qui se sont emparés ces derniers du sujet du passe vaccinal puis des Ehpad.

L'intensification et l'approfondissement du travail de contrôle du Parlement forment la réponse la plus souhaitable au phénomène de « vases communicants » décrit plus-haut, conduisant par l'affaiblissement du rôle du Parlement et de la responsabilité politique à une montée automatique en puissance de la responsabilité pénale, en particulier des ministres.

Proposition : Revivifier la notion de responsabilité politique en intensifiant le contrôle exercé par le Parlement, notamment via les commissions d'enquête.

Toujours dans le souci de revitaliser la responsabilité politique, le rapporteur rappelle que le Sénat est traditionnellement réservé sur la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI), dont la création a pour effet de « dépolitiser » le suivi d'un secteur d'activité, en le faisant échapper au périmètre d'action du Gouvernement, seul responsable devant les assemblées. La loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a ramené leur nombre d'une quarantaine à vingt-six. Si cette réorganisation était bienvenue, il convient de veiller à l'avenir à n'envisager la création de nouvelles autorités indépendantes qu'avec la plus grande circonspection.

3. L'identité constitutionnelle de la France, arme de dissuasion contre d'éventuels empiètements du droit européen

a) Une notion dégagée par le Conseil constitutionnel

Les tensions entre le droit national et le droit européen sont aujourd'hui difficilement évitables. D'une part, en raison de l'accroissement de l'intervention de l'Union européenne, avec le soutien de la France, et, d'autre part, d'un « raidissement » de la jurisprudence de la CJUE sur la primauté du droit européen en raison de l'opposition frontale menée par plusieurs États membres contre ses arrêts.

Ainsi que le souligne François Molins¹, « le droit de l'Union européenne ne doit pas être vécu comme une donnée imposée mais comme une construction, élaborée par touches successives au niveau supranational et national. (...) C'est donc un équilibre instable qui doit être recherché en permanence dans le but de concilier les droits nationaux et européens ».

Pour stabiliser cet équilibre, le constituant a mis en place des garanties destinées à permettre au peuple français et à ses représentants de valider les avancées dans la construction européenne. Comme le prévoit l'article 54 de la Constitution, s'il existe une incompatibilité entre la Constitution et un projet de traité européen, le litige est tranché soit par l'arrêt de la ratification du projet soit par une révision de la Constitution. En application des articles 55 et 88-1 de la Constitution, les traités européens et le droit européen dérivé doivent être respectés par les citoyens français comme par les administrations françaises.

Dans ce cadre constitutionnel, le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont, d'une part, mis en place un réel contrôle de conventionalité et, d'autre part, assument en permanence, comme le rappelle François Molins, « l'exercice quasi impossible de devoir assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence de la primauté du droit communautaire ».

Ces deux principes sont susceptibles d'entrer en conflit lorsque la transposition d'une directive européenne conduit à l'adoption d'une norme législative ou réglementaire contraire à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle.

Face à la perspective d'un conflit, Anne Levade rappelait que « les juridictions françaises ont choisi le dialogue considérant qu'il permettait d'éviter la guerre tout en signalant ponctuellement, à la manière d'une politique de dissuasion juridique, ce que pourraient être les armes de ladite guerre² ».

¹ Propos de bienvenue adressés aux membres de la mission d'information lors de la réunion de travail conjointe du 3 mars 2022 à la Cour de cassation.

² Contribution écrite.

En 2004, le Conseil Constitutionnel a affirmé qu'une « règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » pouvait faire obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes en droit national¹. Selon cette décision :

- la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ;

- en l'absence d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil Constitutionnel demeure incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives se contentant de tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne.

Sans reprendre la même terminologie, le Conseil d'État a appliqué un raisonnement similaire aux actes réglementaires de transposition par sa jurisprudence « Arcelor »².

Le Conseil Constitutionnel a ainsi dégagé une « clause de sauvegarde constitutionnelle » à l'égard d'éventuels empiètements du droit de l'Union européenne, qui fait écho aux termes de l'article 4, alinéa 2, du TUE, selon lesquels l'Union européenne doit respecter « l'identité nationale inhérente » aux « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » des États membres.

L'identité constitutionnelle dans les autres États membres de l'Union européenne

*En Allemagne :

Dans son arrêt « Solange I » du 29 mai 1974³, le Tribunal constitutionnel allemand n'a pas suivi la CJCE dans son affirmation d'une primauté inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national. Elle a jugé au contraire que cette primauté était conditionnée par l'article 23 de la Loi fondamentale allemande prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne, et que cet article n'autorisait pas les Communautés européennes à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux.

Dans son arrêt « Solange II »⁴, la Cour constitutionnelle allemande a fait référence à l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne » en précisant que cette identité est « inaltérable ». Puis dans son arrêt « Lisbonne » du 30 juin 2009⁵, le Tribunal constitutionnel a rappelé que les États devaient rester « les maîtres des traités », que, pour cette raison, lui-même devait être en mesure d'exercer un contrôle ultra vires contre tout empiètement sur des compétences non transférées, et que l'identité constitutionnelle allemande devait être préservée. Cette identité suppose que la

¹ Conseil Constitutionnel, décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, précisée par la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

² Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Lorraine*, req. n° 287110.

³ Décision du 29 mai 1974, *BverfGE*, « Solange I ».

⁴ *BverfGE* 73, 339, Arrêt de la seconde chambre du 22 octobre 1986.

⁵ *BverfGE*, 30 juin 2009, *Lisbonne*, 2BvE 2/08.

construction européenne ne puisse porter atteinte à un noyau dur de principes fondamentaux rendu intangible par l'article 79 de la Loi fondamentale.

*En Italie, en 1973, la Cour constitutionnelle a affirmé l'existence de principes qui « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne. »¹. Ayant en principe exclu tout contrôle sur les règlements européens, ces actes étant issus d'un ordre juridique autonome par rapport à l'ordre constitutionnel italien, la Cour a toutefois consacré une « théorie des contre-limites ». Selon cette dernière, elle peut effectuer un contrôle de conformité dans l'hypothèse où un acte de droit européen dérivé sortirait des limites fixées par l'article 11 de la Constitution pour l'adhésion de l'Italie à un traité et violerait les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne.

*En Espagne, dans une déclaration en date du 13 décembre 2004², le Tribunal constitutionnel a lié protection de l'identité constitutionnelle espagnole et « valeurs supérieures » inscrites dans la Constitution. Il a affirmé en conséquence l'existence de limites matérielles à la primauté du droit de l'Union, qui « se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'État, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre. »

b) Simple instrument d'articulation fonctionnel entre les ordres juridiques ou « arme de dissuasion » à l'égard du droit européen ?

Mais quelle est la portée exacte de cette « identité constitutionnelle » ainsi dégagée ?

Pendant plusieurs années, le Conseil Constitutionnel a écarté l'invocation de règles et de principes constitutionnels au motif qu'ils étaient déjà protégés par des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, se refusant à aller plus loin³.

Puis après un long silence, alors même que le droit européen dérivé se densifiait et se complexifiait de nouveau, les cours suprêmes françaises ont modifié leur position afin de réaffirmer l'importance de l'identité constitutionnelle et de tenter, cette fois, d'en définir le contenu.

Dans son arrêt « *French data network* » du 21 avril 2021, le Conseil d'État, tout en refusant de contrôler que les organes de l'Union européenne, dont la CJUE, avaient excédé leurs compétences, a réaffirmé avec force la « clause de sauvegarde constitutionnelle » : « *Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour (...) aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* ».

¹ Conseil Constitutionnel italien, 15 décembre 1988, n°1146/1988.

² DTC n°1/2004.

³ Par exemple, Décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires, sur les principes d'égalité devant la loi, la liberté d'entreprendre ou encore la liberté d'expression et de communication.

Puis, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision *Société Air France*, a été appelé à se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹ relative à la conformité à la Constitution de plusieurs dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), prévoyant l'obligation de réacheminement d'un ressortissant étranger dont l'entrée a été refusée en France vers son point de départ, par l'entreprise de transport qui l'a acheminé.

Il a d'abord constaté que les dispositions contestées se bornent « à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive européenne. Puis il rappelé les limites de son contrôle, ce dernier se résumant à un contrôle de conformité des dispositions contestées aux droits et libertés garantis par la Constitution, seulement « dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

Il a enfin affirmé que « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits », fondée sur l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, « constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

En complément, dans son arrêt précité du 17 décembre 2021, où il était saisi d'une demande d'application des règles d'une disposition de la directive « temps de travail » à la gendarmerie départementale, le Conseil d'État a souligné l'existence d'une « exigence constitutionnelle de nécessaire libre dispositions des forces armées, aux fins d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation », qui, si elle était privée de garanties effectives par l'application du droit de l'Union européenne (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), lui permettrait « d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union... »

Ainsi, le Conseil Constitutionnel, comme le Conseil d'État, ont affirmé une conception de la « clause de sauvegarde » qui traduit « la complémentarité des offices constitutionnels et européen, et non leur concurrence »², l'identité constitutionnelle n'étant sollicitée par le juge que dans l'hypothèse où un droit ou une liberté fondamentale ne seraient pas protégés par le droit européen.

On peut constater que le Conseil Constitutionnel souhaite mettre en œuvre une vision prudente et « défensive » de l'identité constitutionnelle, sans doute liée au contexte de contestation des arrêts de la CJUE par certaines cours constitutionnelles.

Malgré ces observations, la notion « d'identité constitutionnelle » peut apparaître comme un « garde-fou » suffisant pour permettre à la France

¹ Conseil Constitutionnel, décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*.

² Commentaire de la décision n°2021-940 QPC par le secrétariat général du Conseil Constitutionnel.

de continuer à bâtir l'Union européenne avec les autres États membres et de respecter ses obligations européennes tout en conservant une « marge nationale d'appréciation ». Mais à plusieurs conditions.

Votre rapporteur estime que le Conseil Constitutionnel pourrait à l'avenir développer - en cas de nécessité - une vision plus « offensive » de l'identité constitutionnelle afin d'exercer un effet de dissuasion maximale à l'égard du juge européen, comme l'ont fait de manière très marquante la Cour constitutionnelle allemande mais aussi l'italienne.

Car la fonction de protection de l'identité constitutionnelle, pour être efficiente, doit être conçue comme « *un tempérament au caractère intrusif du droit communautaire*¹ ». Ce qui pourrait impliquer en son nom - dans des cas certes exceptionnels - une possible opposition des cours suprêmes nationales au droit communautaire.

L'une des personnes entendues, Pierre Steinmetz, considère qu'il est préférable que le concept d'identité constitutionnelle demeure autant que possible « *indéfini* » ou peu défini. Étant « *l'Arme ultime destinée à dissuader les institutions européennes d'aller trop loin* », « *on ne doit pas définir ses conditions d'emploi afin qu'elle conserve sa valeur* ».

Après avoir évité, pendant plus de dix ans, de préciser ce qu'était l'identité constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État ont commencé à donner un contenu à cette notion. Si le Conseil constitutionnel devait poursuivre une volonté de définition du contenu de l'identité constitutionnelle, il aurait certainement en tête une formule de son ancien président Pierre Mazeaud évoquant « *l'essentiel de la République* ». Pour le rapporteur, l'idée essentielle est que cette identité constitutionnelle soit le moyen de s'assurer qu'en toute hypothèse le dialogue des juges entre le niveau européen et le niveau national fonctionne et aboutisse. Toute autre solution conduirait à des aventures institutionnelles à l'exemple du recours à la procédure référendaire pour contester une règle de droit européen. Dans le débat politique interne à notre pays, il est intéressant de souligner auprès des voix les plus « souverainistes » que la préservation et la force du rôle du Conseil Constitutionnel sont, à ce jour, la seule réponse pertinente à la question lancinante entre les niveaux national et européen du : qui a le dernier mot ?

Proposition : Avoir toujours en tête, sans avoir à le dire, que l'identité constitutionnelle de la France est essentielle dans le dialogue mené avec l'Union européenne.

¹ « *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » : une supra-constitutionnalité ? », Edouard Dubout, RFDC, PUF, 2010/3 n°83.

4. Le pouvoir politique doit reprendre l'initiative en cas de désaccord

Lorsqu'une juridiction prend une décision contestable, il revient au politique de reprendre l'initiative pour faire évoluer les textes applicables, y compris au niveau européen.

a) Vis-à-vis des juridictions nationales

Même si les conditions à remplir sont plus ou moins exigeantes en fonction du texte considéré, le pouvoir politique peut reprendre la main en modifiant la règle que le juge a interprétée ou en remédiant aux lacunes que la jurisprudence serait venue combler.

Il revient même au législateur de se saisir en temps utile des sujets émergents s'il ne veut pas que les juridictions tranchent les questions nouvelles qui leur sont posées. Comme l'a expliqué François Molins à la mission, les arrêts qui sont les plus critiqués portent sur des questions de société, la gestation pour autrui par exemple, sur lesquels le législateur a tardé à prendre position.

Concernant les sujets de société, l'arrêt « Perruche » de la Cour de cassation et ses suites ont montré que le législateur pouvait revenir en temps utile sur une jurisprudence judiciaire avec laquelle il est en désaccord. Rendu le 17 novembre 2000 par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, cet arrêt¹ a reconnu le droit pour un enfant né handicapé à demander l'indemnisation de son préjudice, lorsqu'une faute médicale a empêché sa mère d'exercer son droit à exercer une interruption volontaire de grossesse. Cet arrêt a soulevé une émotion considérable et a ouvert un débat éthique complexe, dans la mesure où il donnait l'impression que la naissance d'une personne handicapée constituait, en soi, un préjudice méritant d'être indemnisé.

En réponse, l'Assemblée nationale a d'abord adopté une proposition de loi déposée par le député Jean-François Mattéi, dont l'exposé des motifs virulents témoigne de la vigueur des oppositions qui se sont alors exprimées : « *Pour la première fois, sans doute l'union s'est faite contre une décision de justice : droite et gauche, croyants et non-croyants, valides et handicapés. Tous ont dénoncé dans les termes les plus vifs un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 : eugénisme, discrimination, handiphobie sont les mots utilisés par les plus mesurés des commentateurs qu'ils soient journalistes ou juristes* »².

¹ Cet arrêt d'assemblée plénière faisait suite à un premier arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 1996, qui n'avait pas été suivi par la cour d'appel d'Orléans, ce qui avait motivé un nouveau pourvoi.

² Cf. la proposition de loi n° 2806 relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis, présentée par Jean-François Mattéi et plusieurs de ses collègues, déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale le 13 décembre 2000.

Cette question a finalement été réglée à l'article 1^{er} de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Dans son Avis sur le projet de loi, le rapporteur Pierre Fauchon, sans dissimuler son désaccord avec la solution retenue par la Cour de cassation, avait placé le débat au niveau qui convient dans le cadre d'un dialogue respectueux entre les pouvoirs : « *Une intervention du législateur paraît désormais inévitable, qui ne saurait être interprétée comme une critique à l'égard du travail des juridictions. La Cour de cassation n'a pas failli à sa mission. La société actuelle n'est pas telle en effet que le juge puisse traiter chaque cas particulier en lui appliquant de manière mécanique la règle générale. Tandis que la loi est parfois imprécise, contradictoire ou silencieuse, le juge est confronté à des situations nouvelles liées notamment aux progrès fulgurants de la science. (...). À cet égard, si les arrêts de la Cour de cassation sont discutables, ils ne sont sûrement pas déshonorants* »¹. Le législateur a posé le principe, désormais inscrit à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, selon lequel « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

Cet exemple montre comment le législateur peut réagir en cas de désaccord ponctuel avec une juridiction suprême. Le législateur garde aussi la possibilité de prendre des mesures plus « structurelles » lorsqu'il observe par exemple que l'action publique dans un secteur est entravée par un contentieux qui ralentit excessivement la conduite des projets.

Le directeur des affaires juridiques au ministère de la transition écologique a donné l'exemple des modifications apportées en 2013 puis en 2018 au contentieux de l'urbanisme. Ces modifications ont rendu plus strict l'appréciation de l'intérêt à agir, réduit certains délais de recours ainsi que le délai pendant lequel des moyens nouveaux peuvent être invoqués et supprimé l'appel quand un projet est réalisé en zone tendue.

Le législateur pourrait aller plus loin et encadrer l'office du juge. On pourrait imaginer qu'il décide que certaines décisions redeviennent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours. Il pourrait décider que certains domaines relèvent d'un contrôle restreint du juge administratif.

De telles dispositions seraient cependant soumises au contrôle du Conseil constitutionnel et de la CEDH qui pourraient se montrer peu ouverts à ce type d'initiatives au nom du droit à un recours juridictionnel effectif. Il existe des exemples de censure prononcée alors que le législateur avait voulu restreindre l'accès au juge. Par sa décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, le Conseil constitutionnel a par exemple censuré, d'une part, les dispositions relatives aux conditions de formation devant le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions instaurant une mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) ou la renouvelant, qui prévoyaient un délai de recours d'un mois après la notification de la décision et laissaient un délai de deux

¹ Cf. l'Avis n°175 (2001-2002) fait par Pierre Fauchon au nom de la commission des lois.

mois au juge administratif pour se prononcer, d'autre part, les dispositions relatives aux modalités de contestation, selon la procédure du référé-liberté, d'une décision de renouvellement d'une mesure d'assignation et d'une mesure d'interdiction de fréquenter certaines personnes.

b) Vis-à-vis des juridictions européennes

En ce qui concerne la révision des textes européens, elle est certes plus difficile, sans être impossible pour peu que la France parvienne à convaincre les autres États membres de la justesse de ses positions. Le professeur Jacques Ziller a rappelé lors de son audition qu'il était même possible à un État membre d'obtenir une modification des traités, malgré la règle de l'unanimité : « *Le cas le plus éclatant est celui de la disposition du traité d'Amsterdam concernant les régions ultrapériphériques (actuel article 349 TFUE), adoptée pour surmonter les difficultés dues à l'interprétation de la disposition du traité de Rome relative aux départements d'outre-mer, qui limitait l'étendue des dérogations pouvant leur être accordées* »¹.

Concernant le droit dérivé, le professeur Mattias Wendel a donné l'exemple de l'adoption de la directive « citoyenneté » de 2004 pour montrer comment le législateur européen peut contraindre la CJUE à infléchir sa jurisprudence : « *La CJUE a suivi la voie tracée par le législateur européen dans la directive de 2004 sur la citoyenneté de l'Union : cela se traduit par un accès plus restrictif aux prestations sociales par rapport à la jurisprudence antérieure. La CJUE a d'ailleurs été critiquée en Allemagne pour ne pas avoir corrigé le législateur européen en s'appuyant sur le droit primaire. (...) Fondée ou non, cette critique prouve que le législateur a une certaine influence sur la jurisprudence, même lorsqu'il s'agit d'un droit ancré dans les traités* ».

Aujourd'hui, une modification semble nécessaire, concernant la directive 2003/88 sur le « temps de travail » pour préserver la disponibilité des forces armées en France. En pratique, cette modification prendrait la forme d'une révision ciblée de la directive permettant l'exclusion du personnel militaire de son champ d'application. La France a donc commencé un travail de négociations pour convaincre la Commission européenne, qui seule, peut proposer une modification de la directive 2003/88, d'accepter ce processus, en dépit du risque de réouverture d'autres débats sur son contenu (temps de repos ; période de garde...).

La Commission européenne devra ensuite consulter, à deux reprises, les partenaires sociaux européens au sujet des orientations envisagées, puis du projet définitif. Parallèlement, la France a sensibilisé les États membres qui doivent assumer les prochaines présidences semestrielles du Conseil de l'Union européenne, afin qu'ils s'engagent à soutenir l'adoption de cette révision. Il s'agit donc d'un travail diplomatique ardu. Mais à défaut, la France devrait faire adapter l'organisation de ses forces armées à la jurisprudence de la CJUE au détriment de leur disponibilité.

¹ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

S'agissant de la CEDH, il a déjà été fait référence au Protocole n°15, entré en vigueur le 1^{er} août 2021, qui atteste de la capacité des États parties à réaffirmer leurs prérogatives par l'inscription dans la Convention du principe de subsidiarité et de la notion de marge nationale d'appréciation. Comme on l'a vu, la Cour avait déjà sensiblement infléchi sa jurisprudence sans attendre l'entrée en vigueur du Protocole, sensible aux attentes politiques exprimées par les États.

c) Dans les rapports avec le Conseil constitutionnel

En ce qui concerne enfin la jurisprudence constitutionnelle, deux situations peuvent être distinguées.

Il est fréquent que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il censure une disposition législative, donne des indications sur les critères qui devraient être remplis pour que le dispositif envisagé devienne conforme aux exigences constitutionnelles. L'actualité récente en a fourni un exemple particulièrement parlant : le Conseil a censuré une première tentative du législateur de donner une base légale à l'utilisation des drones (caméras aéroportées) par les forces de sécurité intérieure ; un deuxième texte, répondant aux objections formulées, a été adopté quelques mois plus tard et cette fois jugé conforme à la Constitution.

Les étapes ayant abouti à l'adoption d'un cadre juridique pour l'utilisation des drones

- En premier lieu, l'article 47 de la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés a cherché à donner une base légale à l'usage des caméras aéroportées par les forces de sécurité intérieure, les services de secours et les polices municipales.

Ces services étaient autorisés à procéder au traitement d'images au moyen de caméras aéroportées pour une liste étendue de finalités, y compris avec transmission en temps réel, sous certaines. À l'initiative du Sénat, et conformément aux recommandations de la CNIL dans son avis rendu sur saisine du président de la commission des lois, les garanties entourant le régime d'usage des drones avaient été largement renforcées (régime d'autorisation préalable, prohibition expresse des techniques de captation des sons, de reconnaissance faciale, des interconnexions automatisées de données, meilleur encadrement des finalités, etc.).

- Saisi a priori de cette loi, le Conseil constitutionnel a d'abord estimé, dans sa décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, que le législateur pouvait autoriser la captation, l'enregistrement et la transmission d'images par des drones aux fins de recherche, de constatation ou de poursuite des infractions pénales ou aux fins de maintien de l'ordre et de la sécurité publics, pour répondre aux objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Il a toutefois souligné que, eu égard à leur mobilité et à la hauteur à laquelle ils peuvent évoluer, les drones sont susceptibles de capter, en tout lieu et sans que leur présence soit détectée, des images d'un nombre très important de personnes et de suivre leurs déplacements dans un vaste périmètre. En conséquence, il a jugé nécessaire de mettre en œuvre des garanties particulières de nature à sauvegarder le droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel a en particulier relevé :

- que le champ d'application du dispositif voté par le législateur était très large, puisqu'il pouvait être recouru aux drones pour toute infraction en matière judiciaire, y compris une contravention, et pour de nombreuses finalités en matière administrative ;

- que le législateur n'avait fixé aucune limite maximale à la durée de l'autorisation de recourir à ce dispositif, ni aucune limite au périmètre dans lequel la surveillance pouvait être mise en œuvre ;

- que le législateur n'avait pas prévu que le recours aux drones présente un caractère subsidiaire en matière de police administrative ;

- qu'un contingentement du nombre de drones pouvant être utilisés n'avait pas été prévu.

Le Conseil a en conséquence estimé que le législateur n'avait pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, les objectifs à valeur constitutionnel de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée. Il a donc censuré la possibilité pour les forces de sécurité intérieure et la police municipale de recourir à des drones. Il n'a conservé que la possibilité pour les services de secours de recourir à de tels dispositifs pour des missions de prévention, de protection et de lutte contre les risques de sécurité civile, de protection des personnes et des biens et de secours d'urgence.

• L'article 15 de la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure a remis l'ouvrage sur le métier, en prenant en compte les objections exprimées par le Conseil constitutionnel dans sa décision.

Le texte a d'abord autorisé les services de la police et de la gendarmerie nationales à utiliser les drones pour six finalités limitativement énumérées (prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens et protection des bâtiments et installations publics, sécurité des rassemblements de personnes sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, prévention d'actes de terrorisme, régulation des flux de transport, aux seules fins du maintien de l'ordre et de la sécurité publics, surveillance des frontières en vue de lutter contre leur franchissement irrégulier, secours aux personnes).

Sauf en cas d'urgence, l'emploi des drones est subordonné à l'obtention d'une autorisation préfectorale écrite et motivée déterminant le périmètre géographique concerné, ainsi que le nombre maximal de caméras pouvant procéder simultanément aux enregistrements. La durée de l'autorisation ne peut excéder trois mois, renouvelables.

L'utilisation des drones est assortie de trois garanties complémentaires : l'interdiction de recueillir les images de l'intérieur des domiciles ni, de façon spécifique, celles de leurs entrées ; un contrôle a posteriori rendu possible grâce à un registre des traitements mis en œuvre ; un arrêté du ministre de l'intérieur fixant le nombre maximal de caméras pouvant être simultanément utilisées dans chaque département.

Une déclaration d'inconstitutionnalité ne doit donc pas nécessairement être perçue comme un « camouflet » par le Parlement : elle peut ouvrir la voie à une rédaction de la loi par tâtonnements successifs, qui permet *in fine* d'atteindre l'objectif poursuivi dans le respect de l'État de droit. Le Conseil constitutionnel joue ainsi le rôle d'un garde-fou qui contribue à l'amélioration de la qualité de la loi. Comme l'indique Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po, le Conseil constitutionnel

est « co-législateur » en ce qu'il demeure, à « égalité avec d'autres acteurs, l'un des participants à la production de l'ordre juridique »¹.

L'analyse est différente lorsque le Conseil constitutionnel censure une disposition sans donner d'indications sur les critères qui pourraient permettre d'en assurer la constitutionnalité.

Lors de son audition, l'adjoint à la directrice des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) du ministère de l'intérieur, Vincent Ploquin, a donné l'exemple de la décision n°2021-822 DC du 30 juillet 2021 : dans cette décision, le Conseil a censuré l'extension à deux ans de la durée maximale des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance² (MICAS), considérant qu'elle ne procédait pas à une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale, sans laisser entrevoir la moindre ouverture.

Cette décision ne constituait cependant pas une surprise, le Conseil constitutionnel ayant déjà indiqué, dans sa décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, que les MICAS, « compte tenu de [leur] rigueur, [...] ne saurai(en)t, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois ». Le Gouvernement avait fait le pari, hasardeux, que le Conseil constitutionnel pourrait faire évoluer sa jurisprudence si une prolongation était envisagée dans certains cas bien circonscrits. Le Sénat n'avait pas partagé cette analyse, voyant dans la prolongation à deux ans un risque constitutionnel fort³, et avait rejeté cette mesure, finalement approuvée par la seule Assemblée nationale.

Même dans une telle hypothèse, il serait exagéré de considérer que le politique est désarmé face à la décision du juge constitutionnel. D'abord parce que le législateur garde la possibilité d'imaginer un dispositif différent, permettant d'atteindre le même objectif mais plus respectueux des libertés. Ainsi, le Sénat ne s'était pas contenté de rejeter la prolongation des MICAS à deux ans, il avait proposé un dispositif alternatif, faisant intervenir le juge judiciaire, sur lequel le Conseil constitutionnel n'a bien sûr pas eu l'occasion de se prononcer puisque la proposition du Sénat n'avait pas été retenue dans le texte définitif.

Ensuite, il convient de rappeler que le pouvoir constituant reste souverain en dernier ressort : il est toujours possible de convoquer un « lit de

¹ Contribution écrite complémentaire.

² Une mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) peut être prononcée par le préfet à l'encontre des personnes dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics. Elle comporte une interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre, d'entrer en relation avec certaines personnes et une obligation de pointer au commissariat ou à la gendarmerie.

³ Cf. le rapport n° 694 (2020-2021) fait par Marc-Philippe Daubresse et Agnès Canayer au nom de la commission des lois, déposé le 16 juin 2021.

justice » pour reprendre la formule du doyen Vedel. Pour Georges Vedel, « *C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. À celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que 'la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution'. Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts* »¹. Dans cette perspective, le juge constitutionnel n'a pas le pouvoir de s'opposer à la volonté des représentants du peuple souverain, il peut seulement leur indiquer que la mesure qu'ils ont cru pouvoir prendre par le vote d'une loi ordinaire appelle en réalité le vote d'une loi constitutionnelle.

d) Des propositions plus radicales écartées

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont proposé des changements plus « disruptifs », pour reprendre un terme à la mode. En pratique, ces réformes nécessiteraient d'être étudiées si le nouvel équilibre collaboratif entre les pouvoirs que la mission appelle de ses vœux ne voyait pas le jour.

En pratique, ces réformes nécessiteraient une révision des traités européens ainsi qu'une révision de la Constitution.

Pierre Steinmetz a ainsi proposé une forme de renvoi préjudiciel à la CJUE mais nécessitant au préalable un débat politique au sein du Conseil européen : « *Si le conflit se trouvait tel qu'un exutoire institutionnel paraisse indispensable, il serait nécessaire de permettre au souverain, (les États), de « reprendre la main ». On pourrait imaginer que, lorsqu'un État estime qu'un de ses intérêts fondamentaux et son identité constitutionnelle sont méconnus par une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il puisse saisir le Conseil européen. Celui-ci aurait la faculté de renvoyer l'affaire à la Cour afin que celle-ci la réexamine, en lui indiquant l'interprétation des textes conforme à l'intention des États signataires*² ».

En matière constitutionnelle, une autre piste a été dessinée par le professeur Guillaume Tusseau, inspirée d'une technique originale utilisée dans le système constitutionnel canadien de protection des droits fondamentaux, dite « clause nonobstant » : « *Par une déclaration expresse, il est permis au Parlement fédéral ou à une législature provinciale de maintenir en vigueur pour cinq années renouvelables une loi incompatible avec certaines*

¹ Georges Vedel, *Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)*, dans. RFDA, 1992 p. 173.

² « *Primauté du droit européen ou des Constitutions des États, sortir de l'impasse* », tribune publiée dans le Figaro, 18 novembre 2021.

dispositions constitutionnelles. Selon la doctrine dominante, une telle technique conduit à des dialogues entre acteurs plutôt que de réserver à une catégorie d'institutions un monopole ou une suprématie en la matière¹». Le législateur et le juge sont ainsi amenés à prendre conscience des enjeux qui s'attachent à leurs activités respectives en matière de respect des droits fondamentaux.

Jean-Éric Schoettl a formulé une proposition qui relève de la même inspiration en suggérant que le Parlement puisse surmonter une « jurisprudence incapacitante » du Conseil constitutionnel par un vote à la majorité qualifiée, des trois cinquièmes par exemple, ce qui constituerait une forme renouvelée de « lit de justice » pour reprendre l'expression du doyen Vedel. Sans modifier formellement la Constitution, ce qu'un désaccord sur un point ponctuel ou technique ne justifie pas nécessairement, le Parlement pourrait ainsi faire aboutir des mesures qui lui paraissent essentielles pour l'avenir du pays.

La mission ne retient pas ces propositions, faisant le pari d'un meilleur dialogue entre magistrats et Parlement, avec la conviction que la solution est toujours dans l'équilibre entre les institutions, dans l'équilibre entre les pouvoirs.

e) Une invitation à donner un nouveau souffle à notre démocratie

A de multiples reprises, les travaux de la mission ont montré que la tendance à la judiciarisation de la vie publique traduit une insatisfaction des citoyens vis-à-vis du fonctionnement de notre démocratie. Ayant le sentiment de ne pas être entendus, les citoyens expriment leur protestation en portant plainte devant les tribunaux. Estimant que le politique ne prend pas les mesures adéquates pour traiter certains dossiers, ils se tournent vers le juge administratif pour qu'il donne des injonctions à l'État. Devant la difficulté de mettre en cause la responsabilité politique des élus, ils se situent sur le terrain de la responsabilité pénale.

Ces observations répétées invitent en conclusion à chercher à revivifier notre démocratie. Le Parlement doit assumer pleinement son rôle, qu'il s'agisse de contrôler l'exécutif, de se saisir de nouveaux sujets éthiques ou d'exercer le contrôle de subsidiarité, sans quoi le juge occupera l'espace laissé libre.

Les outils de la démocratie participative ne doivent pas non plus être négligés pour bâtir cette « démocratie implicative »² que le Sénat a déjà commencé à mettre en œuvre et sur laquelle il a des idées précises. La démocratie directe, par un recours plus fréquent au référendum pour trancher les grandes questions qui traversent notre société, peut aussi être un

¹ Contribution écrite.

² Cf. le rapport d'information n° 520 (2021-2022) « Pour une nouvelle dynamique démocratique à partir des territoires : la démocratie implicative », fait par Françoise Gatel et Jean-Michel Houllégatte, au nom de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat, déposé le 17 février 2022.

moyen de retisser le lien entre les Français et la politique. Mais la manière de recourir plus fréquemment au référendum est déjà un autre sujet...

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LA MISSION D'INFORMATION

Mardi 4 janvier 2022

M. Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil Constitutionnel

M. Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel

Mardi 11 janvier 2022

M. Antoine Garapon, magistrat, docteur en droit, secrétaire général de l'Institut des Hautes Études sur la Justice jusqu'en 2020

M. Philippe Raynaud, professeur des universités, professeur émérite en science politique de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Mme Pascale Joannin, directrice générale de la Fondation Robert Schuman

M. Jacques Ziller, professeur à l'Université de Pavie, ancien professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Mardi 18 janvier 2022

M. Paul Cassia, professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Jean-Philippe Derosier, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Lille

M. Bertrand Mathieu, conseiller d'État en service extraordinaire, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Dominique Rousseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po

Mardi 25 janvier 2022

Mme Angelika Nussberger, professeure de droit constitutionnel, de droit international et de droit comparé à l'Université de Cologne

M. Mattias Wendel, professeur de droit public à l'université de Leipzig

Mardi 1^{er} février 2022

M. Dominique Pauthe, président de la Cour de justice de la République

M. Christian Pers, président de la commission des requêtes de la Cour de justice de la République

Mme Janine Drai, présidente de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République

Mme Cécile Guérin-Bargues, professeure de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Mardi 8 février 2022

M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme

M. Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État

M. Christophe Chantepy, président de la section du contentieux du Conseil d'État

M. Thierry-Xavier Girardot, secrétaire général du Conseil d'État

M. Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut

Mardi 15 février 2022

Mme Hélène Gaudin, professeure de droit public à l'Université Toulouse I - Capitole

Mme Laurence Burgorgue-Larsen, professeure de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Baptiste Bonnet, professeur de droit public à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne, Université de Lyon, doyen de la faculté de droit

Mme Diane Fromage, chercheuse individuelle Marie Sklodowska-Curie à Sciences Po

Mardi 22 février 2022

M. Jean-Claude Bonichot, juge français à la Cour de justice de l'Union européenne

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

Mercredi 5 janvier 2022

Audition des syndicats de magistrats administratifs

Union syndicale des magistrats administratifs (USMA)

M. Emmanuel Laforêt, président

Mme Sophie Edert, secrétaire générale

Mme Anne Triolet, secrétaire générale adjointe

Syndicat de la juridiction administrative (SJA)

Mme Maguy Fullana, présidente

M. Julien Illouz, premier conseiller, membre du conseil syndical du SJA et élu au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

Mercredi 12 janvier 2022

Mme Anne Levade, professeure de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et présidente de l'Association française de droit constitutionnel

Auditions de syndicats de magistrats

Syndicat de la magistrature

Mme Kim Reuflet, présidente

M. Nils Monsarrat, secrétaire national

FO – Unité magistrats

Mme Béatrice Brugere, secrétaire générale

M. Hicham Melhem, délégué général adjoint

Mercredi 19 janvier 2022

Union syndicale des magistrats (USM)

M. Ludovic Friat, secrétaire général

M. Aurélien Martini, trésorier national adjoint

M. Thierry Griffet, chargé de mission au bureau national

Mercredi 26 janvier 2022

Audition des représentants des avocats

Conseil national des barreaux (CNB)

M. Jérôme Gavaudan, président

M. Charles Renard, chargé de mission affaires publiques

Barreau de Paris

Mme Julie Couturier, bâtonnière

Conférence des bâtonniers

M. Bruno Blanquer, président

Mercredi 2 février 2022

Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) et Ministère de l'Europe et des affaires étrangères

Mme Louise Bréhier, conseillère juridique au SGAE

Mme Contance Deler, cheffe du bureau Parlement national et Parlement européen au SGAE

M. Tanguy Stehelin, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE)

Lundi 7 février 2022

M. Aurélien Hamelle, juriste d'entreprise, membre du Club des Juristes

Mercredi 9 février 2022

Ministère de l'Europe et des affaires étrangères

Direction des affaires juridiques

M. Tanguy Stehelin, directeur adjoint

M. Benoît Chamouard, sous-directeur des droits de l'homme

Mercredi 16 février 2022

Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

M. François Molinié, président

Mardi 22 février 2022

M. Vincent Ploquin-Duchefdelaville, adjoint à la directrice des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur

M. Olivier Fuchs, directeur des affaires juridiques au secrétariat général du ministère de la transition écologique et du ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales

Mme Camille Faure, adjointe à la directrice des affaires juridiques du ministère des armées

Mercredi 2 mars 2022

Ministère de la justice

M. Sébastien Gallois, secrétaire général adjoint

M. Gérald Contrepois, sous-directeur des affaires juridiques au secrétariat général

Direction des affaires criminelles et des grâces

M. Olivier Christen, directeur

Services judiciaires

M. Paul Huber, directeur des services judiciaires

PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À LA COUR DE CASSATION

Jeudi 3 mars 2022

- 14 h 30 Audition de Mme Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation et de M. François Molins, procureur général près ladite Cour.
- 15 h 30 Présentation de cas concrets d'élaboration de la jurisprudence par la première chambre civile, la chambre sociale et la chambre criminelle. Échanges sur les méthodes de travail à la Cour avec :
- M. Pascal Chauvin, président de la première chambre civile ;
 - M. Patrick Poirret, premier avocat général ;
 - M. Bruno Cathala, président de la chambre sociale ;
 - Mme Anne Berriat, première avocate générale ;
 - M. Christophe Soulard, président de la chambre criminelle ;
 - M. Frédéric Desportes, premier avocat général.
- 17 h 00 Présentation par M. Jean-Michel Sommer, président de la chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport, de l'*open data* judiciaire ainsi que des réflexions du groupe de travail sur la diffusion des données décisionnelles et jurisprudentielles.