Le 02-12-2019

Télécharger ou imprimer au format PDF

Université d'automne du Pardem 2019

Vidéo de Thomas Perroud, professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Eléments de réflexion de Thomas Perroud :

Plusieurs projets de réformes constitutionnels sont aujourd'hui sur la table. Ils émanent de groupes de travail (Commission Bartolone sur l'avenir des institutions, Projet de VIe République) ou encore d'universitaires comme Dominique Rousseau (Libération, 6 octobre 2016). L'ensemble de ces propositions souffre d'un défaut majeur, celui de ne pas interroger le véritable problème de notre Constitution actuelle : le phénomène de transfert des lieux de pouvoir dans des espaces à l'abri du contrôle parlementaire. Ces « nouveaux » lieux de pouvoir sont au nombre de 4 : l'administration, les juges, l'international (et singulièrement l'Europe) et le local. Faute de réfléchir à la manière de rendre ces 4 lieux de pouvoirs responsables, ces projets de Constitution ne traitent en rien des difficultés de notre Constitution actuelle.

Le transfert du pouvoir du Parlement vers l'exécutif et l'administration n'a rien de nouveau et c'est un point commun de l'ensemble des démocraties contemporaines. Pourtant, il n'est pas abordé frontalement par les propositions qui sont sur la table autrement que par l'idée du contrôle parlementaire. La question aujourd'hui est pourtant bien celle de la responsabilité de l'administration.

Notre Constitution ne dit malheureusement pas grand-chose du pouvoir administratif. Il a pourtant toujours été important en France et il a en outre changé de nature avec l'émergence des agences indépendantes, développement positif mais dont il faut absolument repenser la façon dont elles doivent rendre des comptes. La jurisprudence constitutionnelle, si elle s'est saisie de ce phénomène, a éludé le problème de l'indépendance, qu'elle a donc de fait accepté en refusant de l'encadrer. La loi est aujourd'hui administrative : elle est élaborée par l'administration, autant qu'elle est sanctionnée par elle et désormais, dans des secteurs cruciaux, par des administrations qui ne sont responsables devant personne. Comment un projet de Constitution peut-il prétendre à la modernité sans même s'interroger sur ce point ? En Allemagne, où le principe de démocratie est un principe constitutionnel, ces administrations sont autonomes, mais pas indépendantes, autrement dit elles restent responsables devant l'autorité politique. Les agences françaises ne sont, elles, sous le regard de personne, elles sont à la lettre irresponsables politiquement, alors que les députés seront, eux, tenus responsables pour leur action. Cette situation est-elle réellement tenable ? Concernant la démocratie administrative à présent, il est vrai que le législateur a pris cette question à bras-le-corps, et ce depuis longtemps (accès aux archives, accès aux documents administratifs). Mais, en France, en 2018, le principe de participation des citoyens à l'élaboration des projets de textes (de lois et de décrets) n'est toujours pas un principe obligatoire. On rappellera que le Congrès américain a imposé la participation du

public à l'élaboration de tout projet de décision réglementaire en… 1946. Ce principe n'est aujourd'hui de rang constitutionnel que dans le domaine de l'environnement. Une constitution pour aujourd'hui doit donc réfléchir à ces éléments : indépendance, participation. Elle doit aussi mettre au centre le problème de la transparence. Après l'affaire du Médiator, n'est-il pas temps de considérer que ce principe doit, au même titre que la séparation des pouvoirs, être un principe cardinal de notre Constitution ? La séparation des pouvoirs n'étant plus effective depuis longtemps, tant le pouvoir est justement, dans notre République, définitivement du côté de l'administration, la transparence est le seul moyen d'assurer la responsabilité de l'administration.

La question de fond est donc : jusqu'à quel point faut-il constitutionnaliser les principes de ce que Pierre Rosanvallon appelle le bon gouvernement ? Mon avis est qu'il faut aller résolument dans ce sens. La Commission Bartolone formule des propositions intéressantes mais qui tournent autour de la tête de l'exécutif, le président de la République. Cela ne me semble pas être véritable le problème, de loin.

Dans la conclusion de son ouvrage *La force de gouverner* Nicolas Rousselier montre bien que la crise de la V^{e} République est liée à la perte de pouvoir de l'exécutif dans un contexte d'européanisation et de globalisation. La démocratie exécutive serait mise à mal par ces évolutions : *« la démoratie exécutive affronte à son tour une série de remises en question commencées dans les années 1990 et poursuivent plus de force encore depuis le début du XXI^{e} siècle. L'ouverture de l'économie française à la concurrence internationale et les transferts de souveraineté opérée en faveur de l'Union européenne ont progressivement ruiné l'idée d'une politique économique pensée et réalisée à l'échelle nationale, fruit d'une décision unilatérale d'un gouvernement qui bénéficie encore de sa pleine indépendance. Associée à la grande tradition française de la souveraineté, la démocratie exécutive des années 1960 se trouve donc à son tour en porte-à-faux par rapport à son époque. La souveraineté de l'exécutif gaullien l'avait emporté sur l'ancienne souveraineté parlementaire, mais ce n'était au fond qu'un jeu de transfert opéré à l'intérieur d'un cadre qui demeurait pour l'essentiel de nature nationale. Aujourd'hui, l'exécutif français est toujours censé dominer le jeu constitutionnel en France, mais il n'est plus en mesure d'imposer le jeu de sa puissance souveraine à l'extérieur, et notamment pas au sein des instances européennes. Il garde sa toute-puissance théorique à Paris comme « gouvernement », mais il doit s'adapter en permanence au jeu multilatéral de la « gouvernance » à Bruxelles ou à Strasbourg. »*

Ce constat n'est pas tout à fait exact, ou plutôt il doit être fermement nuancé. Ces phénomènes en effet, loin d'affaiblir l'exécutif en réalité le renforcent. Cette présentation a la perversité de relayer le discours de réformes voulues par Bruxelles au corps défendant de la France. Or, dans le jeu européen c'est au contraire l'exécutif qui a toute sa place et le parlement est encore plus marginalisé. Nous saurons, avec l'ouverture des archives, quelle était la politique véritable de l'exécutif français dans les années 90. A-t-il vraiment subi la politique d'ouverture à la concurrence des services publics en réseau ? Ou l'a-t-il appuyé ? Qu'en savons-nous en réalité ?

Ce que Nicolas Roussellier ne prend pas suffisamment en compte c'est qu'une 2^{e} Constitution de la V^{e} République se met en place dans les années 90 avec l'abaissement du rôle de la loi. Ce silence des historiens et des politistes est significatif.

Peut-on se prétendre un projet moderne sans parler de l'Europe et de l'international, sans prendre acte du fait que tout gouvernement est aujourd'hui multiniveaux et qu'il s'agit justement d'articuler ces niveaux de façon démocratique ? Or, c'est bien dans les charnières de ces articulations que se loge l'irresponsabilité aujourd'hui. La question doit donc être celle du bon gouvernement multiniveau. Même l'ouvrage central de Pierre Rosanvallon écarte la question de la politique européenne ou internationale, alors qu'elles ont profondément bouleversé notre Constitution. La Commission Bartolone fait des propositions importantes en ce sens mais qui ne vont pas assez loin. Désormais l'ensemble du droit international, droit de l'Union européenne compris, s'impose au législateur et celui-ci ne peut plus décider qu'un acte international ne s'appliquera plus (la France est un des pays qui est allé le plus loin en Europe dans l'assujettissement de la loi au droit international depuis les années 90). La volonté générale pliera donc devant toutes ces normes, lesquelles sont négociées par l'exécutif. La supériorité du droit international sur le droit interne bouleverse et même inverse les rapports de pouvoir, puisque le traité ou l'acte européen (une directive par exemple) est

négocié par l'exécutif, dans un plus ou moins grand secret (en matière de droit de l'Union européenne, une Commission parlementaire est informée mais son avis ne lie pas le gouvernement dans ses négociations à Bruxelles alors même que les futurs actes auront une force supérieure à la loi). Quand l'exécutif négocie un traité, le rapport des pouvoirs est bien inversé puisque le Parlement n'a plus qu'un droit de veto. Depuis les années 90, tout a donc concouru à faire de l'Europe le véritable lieu de pouvoir, le lieu d'impulsion de la réforme de l'État et des services publics. Comme le remarque à juste titre la Commission Bartolone, il faut rendre l'action de l'exécutif transparente dans cette arène.

Mais il faut aller plus loin et imposer cette transparence pour toute l'action internationale de l'exécutif : toute décision qui a vocation à devenir une loi (au sens d'acte de portée générale de niveau législatif) doit être élaborée sous le regard de la représentation nationale et de l'opinion publique. Il n'est plus possible de procéder à la réforme de l'État par la voie diplomatique. Or, notre Constitution encadre très mal l'action de l'exécutif à l'international, car elle n'avait évidemment pas prévu le changement de sens et de portée du droit international aujourd'hui. Les États-Unis souffrent du même mal. On sait que le Congrès américain est bloqué, sauf pour la ratification des traités justement, pour lesquels il existe une procédure accélérée, le fast-track (c'est la procédure qui est utilisée pour la ratification des traités de libre-échange). L'international est devenu, partout, un moyen de réforme des institutions internes. L'exécutif doit en répondre. Ne prenons qu'un exemple. Le Premier ministre Manuel Valls explique qu'il n'appliquera pas la directive sur les travailleurs détachés si l'harmonisation des cotisations sociales ne se fait pas par le haut. Mais que savons-nous de la position qu'il défend réellement en Europe ? Rien. Cette directive a été publiée le 16 décembre 1996, donc sous le gouvernement d'Alain Juppé, mais elle a certainement été négociée auparavant, peut-être sous le gouvernement d'Édouard Balladur. Faut-il attendre l'ouverture des archives diplomatiques pour savoir quel gouvernement a soumis les travailleurs français à un tel régime ? Est-il bien nécessaire de réfléchir à une énième réforme du Parlement lorsque la condition des travailleurs français est négociée en secret par le gouvernement ?

À cette aune, les propositions en débat semblent bien dérisoires. Les politiques publiques les plus décisives ont été négociées depuis 20 ans par la voie diplomatique. C'est de cela qu'il faut parler.

Le pouvoir est donc du côté de l'administration et de l'international. Il est aussi du côté des juges. Le pouvoir des juges est aujourd'hui une donnée structurante de la vie démocratique de l'ensemble des pays occidentaux, Dominique Rousseau le dit d'ailleurs très bien. Or, à la différence des pays de common law qui ont l'habitude de ce type de pouvoir, la France n'y est pas préparée. L'opinion publique s'en désintéresse, alors même que c'est là que tout se joue désormais. La Révolution française avait en quelque sorte résolu le problème en faisant de la loi la norme suprême et le juge sa « bouche » , comme il est convenu de le présenter. Évidemment le pouvoir des juges a toujours été important en France, même quand ceux-ci étaient contraints par la loi. Ce n'est plus le cas et les juges peuvent désormais l'écarter, sans le justifier. Le régime de rédaction des décisions, les mécanismes de responsabilité des juges doivent donc être profondément repensés, notamment dans l'hypothèse où un juge décide d'écarter la loi nationale. Le Conseil constitutionnel mène notamment depuis plusieurs années une politique résolument probusiness, et ne s'en cache pas, comme l'atteste le livre de Jean-Louis Debré, et comme sa jurisprudence ne le montrait que trop. Le Conseil constitutionnel accepte de recevoir secrètement des consultations de cabinet d'avocats et ne comprend manifestement pas qu'il faut les publier, comme le font toutes les juridictions semblables. Ces exemples doivent amener à repenser, dans la Constitution, le pouvoir juridictionnel dans notre démocratie.

Enfin, le pouvoir part aujourd'hui au niveau local. Le mouvement ne se dément pas, on ne perçoit ainsi aucun signe d'un retour possible vers le national si bien qu'il faut prendre acte démocratiquement de cette nouvelle réalité. Dans ces conditions, il faut considérablement renforcer la responsabilité démocratique de cet échelon comme les conditions d'un bon gouvernement local. Il est frappant de voir à quel point ce mouvement se pose en contradiction avec toutes les évolutions que l'élaboration des politiques publiques a connues depuis les 30 dernières années. Aujourd'hui, au niveau national, les politiques sont élaborées par des agences indépendantes, expertes, impartiales du point de vue politique, et auxquels on impose des garanties en termes de conflit d'intérêts. Or, tout le développement de la décentralisation remet en cause ces évolutions, puisqu'il s'agit d'un échelon complètement dépendant du politique, peu expert et dont les garanties

d’impartialité sont très limitées. En d’autres termes, ces nouveaux échelons de la politique fonctionnent comme de vieux gouvernements.

L’international, le local, l’administration et les juges, voici où se trouve le pouvoir aujourd’hui. Tout projet de Constitution qui refuse de réfléchir à ces phénomènes ne dit rien des problèmes de la Constitution française d’aujourd’hui.

Opens in a new window Opens in a new window

- Se connecter ou s'inscrire pour poster un commentaire