

**MÉLANGES FRANÇAIS EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR NOBUHIRO OKADA**

TABLES DES MATIÈRES

Quelques mots d'introduction Julien BOUDON et Masahito TADANO.....	5
Le parlement comme contre-pouvoir sous la V ^e république. Les enseignements des élections législatives de juin 2022 Julien BOUDON	7
Les contre-pouvoirs en France et au Japon durant l'épidémie de COVID-19 Arnaud GRIVAUD.....	17
Parlement français et contre-pouvoir Gilles TOULEMONDE.....	37
Parlement et contre-pouvoirs en France et en Allemagne Céline VINTZEL.....	55

QUELQUES MOTS D'INTRODUCTION

Au mois de février 2023 était publié au Japon et en langue japonaise un ouvrage important consacré aux institutions comme contre-pouvoirs à la lumière du droit constitutionnel comparé¹. Parmi la vingtaine de contributeurs, on compte quatre universitaires français qui ont tenu à publier leurs articles dans leur langue maternelle en l'honneur du Professeur Nobuhiro Okada, qui a été professeur de droit constitutionnel à l'Université d'Hokkaido (Sapporo). Nous remercions infiniment l'éditeur japonais d'avoir accepté que les textes français soient publiés à part : pour diverses raisons, l'ouvrage publié au Japon ne portait pas le titre de *Mélanges*. Il est heureux que nous puissions adopter ce titre pour saluer l'œuvre magistrale du Professeur Okada et son rôle capital dans le développement des relations scientifiques entre juristes français et japonais. Ces *Mélanges français en l'honneur du Professeur Nobuhiro Okada* se limitent à quatre articles, mais leur volume réduit est inversement proportionnel à l'amitié et à la gratitude qu'ils veulent exprimer au Professeur Okada. Nous remercions aussi la Société de la Législation comparée, et en premier lieu Nicolas Cornu Thénard, directeur des publications, d'avoir bien voulu accueillir ce recueil sur le site internet de la SLC.

Julien BOUDON

Professeur de droit public à l'Université Paris-Saclay
Président de la section « Japon » de la SLC

Masahito TADANO

Professeur de droit constitutionnel à l'Université Hitotsubashi

¹ M. Tadano, M. Sasaki et K. Kinoshita (dir.), *Tôchi kikô to taikô kenryoku. Daihyô-tôsei to kenpô chitsujo o meguru hikaku kenpôteki kôsatsu (Institutions et contre-pouvoirs. Représentation, contrôle et ordre constitutionnel au prisme du droit constitutionnel comparé)*, Tokyo (Japon), Nippon Hyôronsha, 2023, 400 p. (en japonais).

**LE PARLEMENT COMME CONTRE-POUVOIR
SOUS LA V^e RÉPUBLIQUE
LES ENSEIGNEMENTS DES ÉLECTIONS LÉGISLATIVES
DE JUIN 2022**

Julien BOUDON*

Très grande est ma joie d'écrire un article de droit constitutionnel français en l'honneur du Professeur Okada. Le présent recueil revient à la source des *Mélanges* : à l'origine, ces derniers ne saluaient pas le départ à la retraite d'un collègue, mais son anniversaire de naissance¹. C'est bien le cas ici, avec un peu de retard, et cela me permet de dire toute mon amitié et toute ma reconnaissance au Professeur Okada : c'est grâce à lui que je suis venu pour la première fois au Japon dans le cadre du programme de Droit parlementaire comparé qu'il dirigeait ; c'est donc lui qui est à l'origine de mon amour pour le Japon et ses habitants, notamment les très chers collègues qui participent aux travaux du séminaire franco-japonais de droit public. J'ajoute que le Professeur Okada m'a consacré beaucoup de temps, à Sapporo comme à Tokyo, de sorte que ma gratitude est immense. Il se trouve aussi que j'ai lu avec constance les éminents travaux du Professeur Okada, en particulier ceux consacrés au droit parlementaire et qu'il me plaît de lui offrir un article d'hommage dans la discipline qu'il affectionne.

Cet article se veut une réflexion sur les élections législatives telles qu'elles ont eu lieu en France les 12 et 19 juin 2022. On voudrait mettre l'accent sur les leçons principales de ces élections en tant qu'elles remettent le Parlement au centre du jeu politique.

* Professeur de droit public à l'Université Paris-Saclay, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique de Reims.

¹ Voir J. Boudon, « Les premiers Mélanges juridiques en France », *RHFD*, n° 31, 2012, p. 139-180.

I. RÉGIME PARLEMENTAIRE ET RÉGIME SEMI-PRÉSIDENTIEL

Malgré les efforts de la doctrine juridique française la plus récente, nombre d'auteurs étrangers continuent à décrire la V^e République comme un régime semi-présidentiel. Ils rendent hommage à Maurice Duverger qui a forgé l'expression « semi-présidentiel » au début des années 1970. On ne revient pas ici sur les critiques émises contre ce type de régime², sauf pour rappeler qu'il évacue la caractéristique fondamentale de la France depuis 1958 (ou depuis 1962 et 1965) : en dépit de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, en dépit de ses compétences constitutionnelles impressionnantes, le fait majoritaire n'est qu'un fait qui dépend de la volonté des électeurs. En 2000, la réduction de la durée du mandat présidentiel, de sept à cinq ans, et l'inversion du calendrier électoral (de sorte que l'élection présidentielle précède de quelques semaines les élections législatives) ont eu pour but et effet de donner une majorité parlementaire absolue, stable, fidèle et disciplinée au chef de l'État et au gouvernement nommé par lui. Ce fut le cas en 2002, en 2007, en 2012 et en 2017. C'est ici que les élections législatives des 12 et 19 juin 2022 sont venues rappeler que la France était un régime parlementaire, même si c'est un régime parlementaire original, que Jean-Claude Colliard disait « à correctif présidentiel »³.

Rappelons les résultats de ces élections très récentes. La coalition présidentielle, Ensemble !, a obtenu 245 sièges (sur un total de 577), l'alliance de gauche, la NUPES, 131 sièges, le Rassemblement national 89, les Républicains 61, le reste se répartissant entre des sensibilités diverses (plus que des partis politiques)⁴. Ce n'est pas la première fois que la majorité présidentielle est seulement relative : on pense souvent à la VIII^e législature, entre 1988 et 1993, quand il manquait quelques sièges au parti socialiste pour franchir la barre de 289 sièges, mais on oublie cependant la I^{ère} législature, entre 1958 et 1962, du temps où les députés gaullistes avaient besoin du renfort du centre-droit pour atteindre la majorité absolue. C'est précisément

² Voir É. Millard, « *Duverger's Arguments on Semi-Presidentialism : A Critical Analysis* », *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 5, 2014, p. 11-34 et J. Boudon, « Les systèmes "mixtes" et la catégorie des régimes "semi-présidentiels". La qualification constitutionnelle de la V^e République », *Historia e ius*, 13/2018, paper 12, traduction japonaise dans *The Meiji University Law Review*, vol. 91, n° 4-5, janvier 2019, p. 293-317.

³ J.-C. Colliard, *Les Régimes parlementaires contemporains*, Paris, Presses de la FNSP, 1978, p. 18-19.

⁴ L'inscription des députés dans les groupes parlementaires le 28 juin a légèrement modifié la donne électorale : Renaissance compte 172 membres et apparentés ; RN 89 ; LFI 75 ; LR 62 ; MoDEM 48 ; Socialiste 31 ; Horizons 30 ; Écologistes 23 ; GDR 22 ; Libertés, indépendants, outre-mer et territoires 16.

la dissolution d'octobre 1962 et les élections législatives de novembre 1962 qui ont accouché du fait majoritaire, selon lequel le Gouvernement (et, sous réserve des trois cohabitations de 1986, 1993 et 1997, le Président de la République) dispose d'une majorité absolue à l'Assemblée nationale, celle des deux chambres qui compte le plus car elle peut renvoyer le ministère d'une part et car elle peut statuer en dernier ressort et seule sur les projets et propositions de loi qui n'auraient pas eu l'assentiment du Sénat.

Il est totalement inédit sous la V^e République que le camp majoritaire soit aussi loin de la majorité absolue : il manque 44 députés à Ensemble ! pour atteindre le nombre de 289. Les conséquences sont nombreuses : jamais la Première Ministre, Élisabeth Borne, ne se risquera à demander formellement la confiance de l'Assemblée, tandis que les projets de loi ne seront pas assurés d'être adoptés avant une négociation entre le parti majoritaire et les autres partis. Plus fondamentalement, une majorité relative signifie que le parti le plus nombreux est en face d'une majorité absolue d'opposants : on peut se demander si l'expression « majorité relative » a un sens – et d'ailleurs, la langue anglaise distingue entre *plurality* (majorité relative) et *majority* (majorité absolue). De la sorte, le Gouvernement actuel est sous la menace permanente d'une motion de censure, qui doit certes être votée par des partis aux deux bords de l'échiquier politique. L'autre enseignement est qu'un grand parti de gouvernement, Les Républicains, humilié lors de l'élection présidentielle d'avril 2022 (la candidate Valérie Pécresse ayant réalisé moins de 5 % des voix), dont la représentation parlementaire a été divisée par deux entre 2017 et 2022, se retrouve en position d'arbitre : tout accord avec la NUPES ou avec le RN étant impossible, seul LR pourrait consentir (malgré ses dénégations actuelles) à conclure un contrat de gouvernement avec l'exécutif et former une majorité absolue. Sans doute que LR n'a pas intérêt à s'associer à Ensemble ! tant le coût politique d'un ralliement serait coûteux : le parti de l'ancien président Nicolas Sarkozy trouve plus avantageux d'être indispensable à la majorité présidentielle tout en restant dans l'opposition.

Si le scénario d'une coalition ne se réalise pas, alors la dissolution sera une option. On rappelle que c'est un pouvoir dit « propre » du Président de la République : aux termes de l'article 12 de la Constitution, aucune proposition et aucun contreséing ministériel ne sont nécessaires. Contrairement à ce que beaucoup de médias français ont claironné, la dissolution n'est pas interdite dans l'année qui suit les élections législatives ordinaires : elle l'est seulement pendant un an après des élections législatives anticipées, celles-là mêmes qui résultent d'une dissolution. L'article 12 est ici très clair : son dernier alinéa dispose « Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections ». En français, « ces » est grammaticalement un adjectif

démonstratif qui renvoie au type d'élections dont il est question dans les alinéas précédents, à savoir les élections législatives anticipées qui résultent d'une dissolution. La justification du dispositif est évidente : on veut éviter les dissolutions à répétition, cause d'instabilité politique et institutionnelle.

Si la dissolution est juridiquement possible dès la fin de juin 2022, il n'en reste pas moins qu'on voit mal comment M. Macron pourrait politiquement envisager une dissolution dans les mois qui viennent, sauf retournement de situation à ce stade improbable : le risque serait énorme de voir la majorité présidentielle se réduire encore – et ce serait une fin de quinquennat d'une insigne faiblesse. Le Président de la République serait alors un *lame duck president* dès le début de son nouveau mandat, surtout s'il n'avait plus de majorité du tout et qu'au contraire une majorité alternative était élue. Ce serait alors la quatrième cohabitation de la V^e République et le président Macron serait dans une situation comparable à celle de Jacques Chirac en 1997 (sauf que l'actuel chef de l'État ne serait pas autorisé à participer à la prochaine élection présidentielle, en principe en 2027, puisque l'article 6 de la Constitution interdit, depuis 2008, plus de deux mandats présidentiels consécutifs).

II. LE MODE DE SCRUTIN : REPRÉSENTATION PROPORTIONNELLE ET SCRUTIN MAJORITAIRE

Dès le départ, la V^e République a choisi le scrutin majoritaire à deux tours pour la désignation des députés. Il a été utilisé à chaque fois, sauf en 1986 où la représentation proportionnelle intégrale (et départementale) a été adoptée parce que le parti socialiste alors au pouvoir pensait atténuer la défaite annoncée par les sondages. Ce fut d'ailleurs sans conséquence puisque les députés RPR et UDF de l'époque ont formé une majorité absolue et solide.

Depuis l'apparition de nouveaux partis en plein essor dans les années 1980 et 1990 – les Verts et le Front national principalement –, les revendications en faveur de la représentation proportionnelle se sont multipliées : elle serait plus juste électoralement, elle représenterait mieux les équilibres politiques du pays, etc. De telles propositions n'ont jamais abouti jusqu'à aujourd'hui car la France a été traumatisée par l'instabilité parlementaire et ministérielle des III^e et IV^e Républiques qui ont été imputées, à tort ou à raison, à un scrutin de type proportionnel, notamment sous la IV^e République. Les partisans du scrutin majoritaire à deux tours (ou potentiellement à deux tours puisqu'un député peut être élu dès le premier tour : cinq l'ont été en 2022) mettent en avant les exigences de stabilité et

d'efficacité : une forme d'injustice électorale est acceptable dès lors qu'elle permet de former une majorité absolue à l'Assemblée nationale.

Le président Macron, sensible aux revendications de ses alliés centristes, le Modem de François Bayrou, a tenté à deux reprises d'introduire une « dose » de proportionnelle, de sorte qu'une partie des députés aurait été élue à la représentation proportionnelle (environ 15 % ou 20 % selon les projets de loi de 2018 et 2019). Ainsi, le projet de loi du 23 mai 2018 envisageait de réduire le nombre de députés à 404, 61 d'entre eux étant élus à la proportionnelle, soit 15 % (mais il fallait ajouter les onze députés élus par les Français de l'étranger, eux aussi élus à la représentation proportionnelle). Le projet de loi du 29 août 2019 allait un peu plus loin : le nombre de députés était abaissé à 433, dont 87 élus selon un scrutin proportionnel, soit à peu près 20 %. Au lendemain du 19 juin 2022, Marine Le Pen, présidente du Rassemblement national, a encore réclamé le passage à la représentation proportionnelle intégrale. On voudrait démontrer qu'un tel scrutin serait tout à la fois inutile et dangereux à la lumière des résultats de 2022⁵.

En effet, l'Assemblée nationale est aujourd'hui beaucoup plus représentative de l'opinion publique françaises ou de sa diversité politique. En 2017, la majorité présidentielle (La République en marche + Modem) avait obtenu 32 % des suffrages exprimés au premier tour (50 % au second), mais 60 % des sièges. Les autres partis étaient laminés, sauf LR qui conservait 112 députés. En 2022, la percée de l'Union de la gauche et du Rassemblement national a privé la coalition présidentielle d'une majorité absolue. Or les partis d'opposition ont été servis en sièges comme si la représentation proportionnelle avait été appliquée. La NUPES a obtenu 5,8 millions de voix au premier tour, un peu plus de 25 %, et elle a été gratifiée de 131 sièges, près de 23 % de l'ensemble. De même, le RN a récolté 4,2 millions de voix au premier tour, soit 18 %, et il a fait une percée avec 89 députés, c'est-à-dire presque 15,5 % des sièges. Enfin, LR a réuni 2,3 millions de suffrages, au-delà de 10 %, ce qui a été converti en 61 députés, soit 10,5 %... Les chiffres sont limpides : les grands partis d'opposition ont bénéficié d'un nombre de députés équivalent à celui qui aurait résulté de la représentation proportionnelle. Les perdants du scrutin majoritaire, en 2022, sont les francs-tireurs, les isolés, les « divers » : leurs voix sont « perdues » au sens où elles ne permettent pas de gagner des sièges. C'est le parti majoritaire qui en profite : Ensemble ! a réuni 5,8 millions de suffrages au premier tour, presque 26 %, traduits en 245 sièges, 42 % de l'ensemble.

⁵ On s'appuiera sur les données publiées par le ministère de l'intérieur : <https://www.resultats-elections.interieur.gouv.fr/legislatives-2022/FE.html>

Voilà la véritable conséquence du scrutin majoritaire à deux tours : le parti arrivé en tête jouit d'un effet multiplicateur au sens où sa représentation parlementaire est beaucoup plus étoffée que ce que lui aurait accordée une répartition proportionnelle sur la base des voix du premier tour. Cependant, tout l'intérêt d'un deuxième tour est de concentrer les votes sur un nombre réduit de candidats : au second tour, Ensemble ! parvient à 38,5 % des suffrages, ce qui n'est pas très éloigné des 42 % de sièges finalement conquis. Ainsi, l'effet multiplicateur a servi en 2022 comme en 2017, mais avec cette différence importante que la perte d'un million de voix dans l'intervalle a conduit à la perte de cent sièges de députés. Il n'en reste pas moins que la coalition présidentielle est de loin le premier groupe parlementaire au sein de l'Assemblée nationale.

Quel aurait été la composition de la chambre des députés si on avait appliqué la représentation proportionnelle ? Admettons qu'elle aurait été accompagnée d'un seuil de 5 % à l'échelle nationale, comme en Allemagne : en 2022, tous les petits mouvements ou partis auraient été évincés de la distribution des sièges et seuls les partis mentionnés plus haut auraient été appelés à se partager les 577 sièges. Il faut partir évidemment des résultats du premier tour, lorsque l'offre politique est la plus complète : la NUPES et Ensemble ! auraient reçu le même nombre de députés car leur score électoral était quasiment identique, un peu au-dessus de 25 % des voix. (Le lendemain du premier tour, une polémique a enflé parce que le ministère de l'intérieur a été accusé de réduire arbitrairement le nombre de suffrages portés sur la NUPES pour éviter qu'elle soit placée en première position.) Dans le même temps, le RN aurait obtenu autour de 20 % des sièges. Or il n'y a aucun accord politique possible entre la NUPES, attirée dans l'orbite de l'extrême-gauche, le RN, qualifié de parti d'extrême-droite et le centre incarné dans Ensemble ! L'Assemblée nationale aurait été écartelée et serait devenue une chambre totalement instable. Une comparaison peut le faire comprendre : dans la configuration actuelle, la coalition présidentielle peut espérer atteindre la majorité absolue en faisant alliance avec LR (ce nouvel ensemble dépasserait les 300 députés), tandis qu'elle serait très loin de cette même majorité absolue si la représentation proportionnelle avait été choisie (Ensemble ! aurait pesé à peu près 150 députés et LR 60, soit 210 députés).

Certains responsables politiques, tel Jean-François Copé (LR), favorable à un accord entre son parti et Ensemble !, ont comparé la situation politique en France à celle de la République de Weimar dans les années 1930. Heureusement ce n'est pas encore le cas, mais l'Histoire doit nous rappeler que des coalitions et des compromis ne sont envisageables qu'autant que les partis représentés au Parlement acceptent de se parler. Si les options et

stratégies politiques sont radicalement opposées, alors qu'aucun parti ne détient la majorité absolue, le risque est grand de voir le pays gouverné par les extrêmes ou alors verser dans l'abîme.

III. LE FONCTIONNEMENT DU PARLEMENT

Au moment où l'on écrit ces lignes, il n'y a pas eu de surprise en ce qui concerne la désignation du président de l'Assemblée nationale. Si le jeu s'est ouvert en raison de la défaite surprise du président sortant, Richard Ferrand, il était certain que la présidence reviendrait à un député d'Ensemble ! Le 22 juin, l'ancienne présidente de la commission des lois, Yaël Braun-Pivet est arrivée en tête des prétendants du camp majoritaire : elle a été élue sans surprise au « perchoir » le 28 juin. Il y avait d'autant moins de suspens que l'article 9 du Règlement de l'Assemblée nationale dispose que la majorité absolue est requise aux deux premiers tours, mais que la majorité relative suffit au troisième. Celui-ci n'a pas été nécessaire puisque les députés RN ont décidé de s'abstenir au second tour, abaissant d'autant le nombre de suffrages requis pour être élu à la majorité relative : Y. Braun-Pivet a obtenu 242 voix (sur 462 exprimés). Le plus étonnant ici est Mme Braun-Pivet venait d'être nommée ministre des outre-mer en mai : en France, vu le poids du Gouvernement dans la marche des affaires publiques, un maroquin ministériel est toujours ardemment désiré. Le fait que Mme Braun-Pivet préfère finalement la présidence de l'Assemblée nationale en dit long sur sa volonté d'émancipation et/ou sur son peu de confiance dans la solidité de l'équipe ministérielle (il est possible aussi qu'elle libère une place opportunément au moment où il est question de former une coalition avec LR).

Une autre présidence a été au cœur de toutes les discussions à la fin de juin 2022, celle de la commission des finances de l'Assemblée nationale. En effet, l'article 39 du Règlement précise : « Ne peut être élu à la présidence de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire qu'un député appartenant à un groupe s'étant déclaré d'opposition ». Depuis 2009, il était entendu que c'était un député du principal groupe d'opposition : ce fut Gilles Carrez (UMP) sous la XIV^e législature, puis Éric Woerth (LR) sous la XV^e législature (avant qu'il ne rejoigne les rangs de la majorité présidentielle en février 2022). Mais le Règlement n'exige pas que le président de la commission des finances appartienne au principal groupe d'opposition, seulement à un groupe de l'opposition. D'où les prétentions concurrentes du Rassemblement national et de la NUPES : le premier se prétend le premier parti d'opposition puisque la NUPES est une coalition de partis au sein de laquelle La France insoumise (LFI), de Jean-Luc Mélenchon,

dispose de 84 sièges contre 89 pour le RN (ou 75 contre 89 si l'on se fie à la composition officielle des groupes parlementaires). Il était envisagé que la socialiste Valérie Rabault fût élue le 30 juin, car elle fut la rapporteure générale de la commission des finances de 2012 à 2017. On constate que cette disposition de l'article 39 du Règlement de l'Assemblée nationale a été clairement conçue comme un contre-pouvoir dans le domaine crucial des finances publiques. La crainte de la majorité présidentielle est de voir un député de l'extrême-droite ou de l'extrême-gauche prendre la tête de la commission des finances – et c'est pourquoi le choix de Valérie Rabault semblait pouvoir satisfaire à la fois la NUPES et Ensemble !, sachant que le parti majoritaire ne participe traditionnellement pas au vote. Mais la NUPES a préféré présenter la candidature d'un député de LFI, Éric Coquerel, en face de celle du député RN Jean-Philippe Tanguy (Mme Rabault se voyant offrir une vice-présidence de l'Assemblée). Les députés LR étaient en position d'arbitre. Finalement, au troisième tour de scrutin et à la majorité relative, le choix s'est porté sur Éric Coquerel qui a réuni 21 voix contre 11 à Jean-Philippe Tanguy. La droite n'a pas voulu s'allier à l'extrême droite pour ce poste stratégique.

Le fonctionnement de l'Assemblée nationale sera bouleversé durant la législature qui vient de s'ouvrir. En effet, le nombre de groupes parlementaires d'opposition a sensiblement augmenté en 2022 : ils seront sept (quatre à gauche, deux à droite et un à l'extrême-droite). Or, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 51-1 de la Constitution dispose que « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ». Quels sont les « droits spécifiques » en cause ? On pourrait en citer plusieurs, par exemple le « droit de tirage » dans la constitution de commissions d'enquête ou de missions d'information : chaque groupe d'opposition peut en demander une par session ordinaire (article 141 du Règlement). Dans le même sens, le président de chaque groupe d'opposition joue un rôle crucial dans l'organisation des débats et dans l'allongement de leur durée (article 49 du Règlement). Il va sans dire que l'opposition est par ailleurs représentée dans les organes de l'Assemblée, qu'il s'agisse du Bureau ou de la Conférence des présidents (articles 10 et 47 du Règlement)⁶. La composition des commissions mixtes paritaires en sera également affectée : on sait que ces commissions réunissent sept députés et sept sénateurs, et

⁶ Il y aurait beaucoup de choses à dire à propos de l'élection du bureau de l'Assemblée nationale le 29 juin 2022 : six vice-présidents, trois questeurs et douze secrétaires ont été désignés, et tous les groupes parlementaires ont été servis, y compris le RN.

qu'elles visent à harmoniser les points de vue de l'Assemblée nationale et du Sénat lorsque les deux chambres divergent sur un texte de loi. Désormais, du côté de l'Assemblée nationale, quatre députés appartiendront à l'opposition est seulement trois à la majorité présidentielle, tandis qu'au même moment, du côté des Sénat, les sénateurs de droite et de centre-droit seront au nombre de quatre, contre trois de la minorité (dont un de la majorité présidentielle). Autrement dit, il sera très compliqué à cette même majorité d'imposer ses vues en commissions mixtes paritaires et les textes adoptés par elles risquent de s'écarter de la mouture désirée par le parti Ensemble !

Par définition, la perte de la majorité absolue signifie que le nombre de députés de l'opposition a augmenté. Cela facilitera le recours à des articles de la Constitution qui réclament un seuil de députés : il en va ainsi des propositions de lois référendaires (article 11 de la Constitution) dont l'initiative vient d'un cinquième des parlementaires, députés et sénateurs confondus. Surtout, on peut s'attendre à ce que les saisines du Conseil constitutionnel se multiplient : on sait qu'il faut 60 députés ou 60 sénateurs pour déférer une loi ou un traité (articles 54 et 61 de la Constitution), or trois partis de l'opposition dépassent les 60 députés – RN, LFI et LR. Il en va de même des révisions constitutionnelles : aux termes de l'article 89 de la Constitution de 1958, la ratification des projets de loi constitutionnelle réclame une majorité des trois cinquièmes au Congrès réuni à Versailles, si le référendum n'est pas privilégié – cette majorité sera inatteignable aujourd'hui plus qu'autrefois, sauf à susciter un consensus très large entre la majorité et l'opposition.

En outre, toujours au titre du contre-pouvoir exercé par les chambres, la révision constitutionnelle de 2008 a été placée sous le sceau de la revalorisation du Parlement. Pour cette raison, l'article 13 de la Constitution dispose que toute une série d'emplois publics, parmi les plus prestigieux, ne peuvent être pourvus par le Président de la République qu'à la condition de ne pas essuyer un veto des trois cinquièmes des membres des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat (commissions qui reproduisent en miniature la composition des chambres). Il en va de même pour les nominations envisagées par les présidents des deux assemblées parlementaires (voir en ce sens l'article 29-1 du Règlement de l'Assemblée nationale). Le dispositif est subtil : les choix du Président de la République ou des présidents des deux Chambres ne réclament pas un « avis » positif, mais se satisfont soit d'un avis positif, soit d'un avis négatif à la condition qu'il n'excède pas les trois cinquièmes des suffrages exprimés dans les commissions compétentes. Depuis 2008 et 2009, ce fut une formalité : jamais une proposition du Président de la République n'a été contrariée (et très peu

de propositions du Président de l'Assemblée nationale, deux à notre connaissance). Mais il pourrait en aller différemment à l'avenir parce que l'opposition sera majoritaire dans les commissions permanentes de l'Assemblée nationale, tandis qu'Ensemble ! est minoritaire au Sénat. Autrement dit, il est aujourd'hui beaucoup plus probable de voir une majorité contraire des trois cinquièmes se dessiner dans les commissions des deux chambres et rejeter les noms avancés par le chef de l'État (voire par la présidente de l'Assemblée nationale). On parle du président de la SNCF, de la Poste, d'EDF, de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers, de la Banque de France, de la CNIL, etc., sans oublier les membres du Conseil constitutionnel ou les personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature.

La XVI^e législature, issue des élections législatives des 12 et 19 juin 2022, s'annonce comme une des plus passionnantes de la V^e République. Il est certain qu'elle retiendra l'attention d'un observateur aussi avisé que le Professeur Okada, fin connaisseur des institutions françaises.

LES CONTRE-POUVOIRS EN FRANCE ET AU JAPON DURANT L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19

Arnaud GRIVAUD*

La pandémie mondiale de COVID-19 a été l'occasion d'observer de grandes différences dans l'organisation des pouvoirs et des réponses politiques selon les États, en dépit de similarités évidentes. Au-delà de la dichotomie rapidement opérée par les observateurs entre les régimes dits « illibéraux » et les démocraties libérales, les diverses gestions de la crise de la COVID-19 ont également mis en évidence l'existence de nombreuses disparités au sein même des pays attachés à la notion d'État de droit.

Dans les travaux de sciences politique et juridique, l'étude des contre-pouvoirs a constitué un moyen de catégoriser les systèmes politiques. Selon la force ou la faiblesse des contre-pouvoirs, un système politique est qualifié de plus ou moins libéral ou dictatorial. En outre, selon les modalités de fonctionnement précises de ces contre-pouvoirs, un système politique est qualifié de parlementaire, présidentiel ou hybride. La diversité des systèmes politiques découle ainsi, entre autres choses, de la variété des configurations de répartition des pouvoirs entre différents organes et acteurs.

Mais si l'étude des mécanismes de contre-pouvoirs en situations « normales » présente un intérêt heuristique évident, les situations d'exceptions (guerre, insurrection armée, épidémie, *etc.*) peuvent aussi, en plaçant l'État de droit sous tension, mettre en exergue certaines dynamiques moins perceptibles en temps normal. Ces crises permettent en effet d'observer la façon dont les différentes démocraties libérales tâchent de concilier cet impératif de préservation de l'État de droit, avec la nécessité de répondre efficacement auxdites crises en dérogeant à certaines règles juridiques habituelles.

* Maître de conférences, Université Paris Cité – UFR LCAO, CRCAO (UMR 8155).

Ce chapitre se concentrera sur l'étude de l'organisation des pouvoirs et contre-pouvoirs durant la crise de la COVID-19 en France et au Japon. Après s'être penché sur les dispositifs juridiques activés durant cette crise et sur le renforcement des exécutifs qui en a résulté, nous analyserons les mécanismes de contre-pouvoir à l'œuvre dans cette séquence politique particulière. En plus des contre-pouvoirs constitutionnellement consacrés (pouvoirs législatifs et judiciaires), d'autres acteurs ayant joué un rôle non négligeable dans l'élaboration des politiques publiques durant cette crise – tels que les experts scientifiques et les collectivités locales – seront intégrés dans l'analyse.

I. LES ÉTATS D'URGENCE ET LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS EXÉCUTIFS

1. *Le traitement différencié des régimes juridiques d'urgence*

L'évolution et la multiplication des régimes juridiques d'urgence

L'histoire foisonne d'événements ayant amené des communautés politiques à se déclarer en « état d'exception », modifiant le fonctionnement « normal » des institutions afin d'assurer leur survie. À l'image des écrits de Carl Schmitt, de nombreux travaux en sciences politique et juridique¹ se sont ainsi penchés sur la dictature des républiques romaines, la suspension de l'*habeas corpus* et la loi martiale au Royaume-Uni et aux États-Unis, ou encore l'état de siège en France et en Allemagne, *etc.* Bernard Manin a montré que ces régimes d'exceptions, bien qu'ayant diverses modalités de déclaration, effets et durées, présentaient tous des caractéristiques communes qu'il regroupait sous le concept de « paradigme de l'exception »². Ainsi, il relevait trois grands points communs entre ces états d'exception : « (1) [l']autorisation de s'écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution ; (2) [la] soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent [cet écart] ; (3) [la] limitation temporelle de [cet écart] ». Même s'il est vrai que les états d'exception ont tendance à restreindre la collégialité dans le processus décisionnel, à renforcer les pouvoirs des exécutifs et à réduire les libertés et droits fondamentaux, cela ne signifie pas pour autant que les contre-pouvoirs sont inopérants, mais plutôt qu'ils sont régis par des règles momentanément différentes.

Certains États prévoient explicitement ces règles spéciales dans leurs constitutions, tandis que d'autres le font via des lois. En outre, on constate

¹ Pour une histoire des états d'exception, voir BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, *États de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, 2013, 304 p.

² MANIN Bernard, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme » [en ligne], *La vie des idées*, décembre 2015. <https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception.html>.

dans l'histoire une extension progressive des situations d'exception : du domaine militaire (guerre, insurrection armée) à celui des catastrophes (naturelles ou industrielles), au domaine sécuritaire (lutte contre le terrorisme, etc.), puis au domaine sanitaire (lutte contre les épidémies). Tandis qu'il s'agissait originellement d'assurer la continuité de la communauté politique dont la survie semblait engagée, on perçoit une tendance à faire appel à des dispositifs exceptionnels pour la mise en œuvre de simples politiques publiques plus ou moins urgentes. Certains considèrent même qu'au cours de ces dernières années, la déclaration de l'« état d'urgence » doit s'expliquer davantage par sa fonction performative, symbolique et mobilisatrice de ressources – indiquant aux citoyens que les autorités sont en action –, que par la réelle nécessité d'avoir recours à des pouvoirs exorbitants pour résoudre un problème politique donné³.

L'absence de régime juridique d'état d'urgence dans la Constitution japonaise

Bien qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition prévoyant un état d'urgence ou d'exception dans la Constitution japonaise de 1946, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, dans la Constitution de Meiji, il était prévu que dans les cas où la Diète impériale n'était pas en session, l'empereur disposait d'un pouvoir réglementaire d'exception pour préserver la sécurité publique et lutter contre les calamités (art. 8), ou en cas d'urgence financière (art. 70). Les ordonnances émises devaient alors être soumises à approbation lors de la session parlementaire suivante. L'article 14 octroyait également la possibilité à l'empereur de déclarer l'état de siège selon les conditions prévues par la loi. Bien que cette dernière ne fut jamais adoptée, l'état de siège fut déclaré à trois reprises en 1905, 1923 et 1936, transférant une partie ou la totalité des pouvoirs exécutifs locaux et judiciaires aux autorités militaires. L'article 31, quant à lui, disposait que les droits et libertés fondamentales des sujets ne pouvaient « faire obstacle à l'exercice du pouvoir suprême de l'empereur, en cas de guerre ou de péril national ». Bien que cet article ne fut jamais activé, les droits et libertés fondamentales furent grandement réduits notamment via l'ordonnance de préservation de la paix publique de 1923, dont le contenu fut repris dans la fameuse loi de préservation de la paix publique de 1925, elle-même révisée en 1928 par une ordonnance urgente.

Ainsi, c'est en grande partie à cause de cette histoire qui avait montré les risques de ces dispositifs pour la démocratie et l'État de droit, qu'aucune

³ GELBLAT Antonin et MARGUET Laurie, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI : 10.4000/revdh.9066. Pour une réflexion similaire trente ans auparavant, voir LIPSKY Michael et SMITH Steven Rathgeb, « When social problems are treated as emergencies », *Social Service Review*, vol. 63, n°1, 1989, p. 5-25.

disposition ne fut introduite dans la Constitution de 1946. C'est ce que répondait les 1^{er}, 2 et 15 juillet 1946, le ministre en charge de la révision constitutionnelle, Kanamori Tokujirō, face aux inquiétudes de certains parlementaires de voir ces dispositions absentes du projet de Constitution rédigé par le GHQ⁴, celui-ci ajoutant que la possibilité pour la Diète de légiférer en urgence permettrait de surmonter les situations de crises⁵. Il est d'ailleurs possible pour le Cabinet de convoquer en urgence la Chambre des conseillers (art. 54 al. 2 et 3) pour prendre des dispositifs provisoires, devant être soumis ultérieurement à l'approbation de la Chambre des représentants une fois réunie après les élections suivant sa dissolution. De fait, de l'après-guerre à aujourd'hui, c'est bien via des normes légales et réglementaires que le Japon a organisé ses réponses aux différentes crises pouvant frapper ou ayant frappé le pays. On peut citer par exemple la loi pour les mesures spéciales relatives à la prévention des tremblements de terre de 1995, celle pour les mesures spéciales relatives aux accidents nucléaires de 1999 ou encore les lois sur les circonstances exceptionnelles, telles que celle relative à la garantie de la paix, de l'indépendance et de la sécurité du pays et de ses citoyens en cas d'attaque armée et de situation de péril national de 2003. De même, c'est l'article 32 de la loi sur les dispositions spéciales de lutte contre les nouvelles infections grippales de 2012 (ci-dessous « loi relative sur les dispositions spéciales »), révisée le 13 mars 2020, qui permit au gouvernement de déclarer l'état d'urgence le 7 avril 2020 lors de l'épidémie de COVID-19.

Cette crise fit resurgir le débat sur la nécessité ou non pour le Japon d'introduire dans sa Constitution des dispositions relatives aux situations d'urgence⁶. Nous ne pourrions ici nous étendre sur les arguments avancés de part et d'autre, mais ils furent globalement les mêmes que ceux évoqués à maintes reprises par la doctrine et le monde politique⁷. Comme le Premier

⁴ Le projet de Constitution initialement formé par le gouvernement japonais contenait de telles dispositions, mais le GHQ avait refusé de les retenir.

⁵ SEIZELET Eric, « Les libertés publiques à l'épreuve de la Covid-19 : le cas du Japon », *Revue du droit public*, n°1, 2022, p. 271-305 ; 第90回帝国議会衆議院憲法改正案委員会 第3号 1946年7月2日。

⁶ 大石真「危機でも改憲論議を停滞させるな」Voice (511) (2020年7月) 94-101頁。 <https://thinktank.php.co.jp/voice/6404/>。導入すべきとの立場は、井上達夫「危機管理能力なき無法国家：コロナ危機で露呈する日本の病巣」法律時報 92 (9) (2020年8月) 62-69頁。導入が不要との立場は、飯島慈明「コロナ感染症対策をめぐる憲法問題」名古屋学院大学論集 社会科学篇第57巻第2号 (2020年10月) 1-22頁。

⁷ NISHI Osamu met par exemple en avant le fait que depuis 1990, les 104 constitutions qui avaient vu le jour présentent toute ces dispositions relatives aux états d'urgence. 西修「日本国憲法を考える」比較法制研究 (国士館大学) 第42号 (2019年) 88頁。参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) 99-102頁。 <https://www.sangiin.go.jp/japanese/kenpou/houkokusyo/pdf/honhoukoku.pdf>。(第183回国国会

ministre Abe lors d'une conférence de presse du 25 mai 2020, certains avancèrent l'idée selon laquelle l'absence de telles dispositions dans la Constitution empêchait le gouvernement d'introduire des sanctions en cas de non-respect des directives, réduisant ainsi l'efficacité des mesures que les autorités pouvaient mettre en place⁸. D'autres, en revanche, rejetèrent complètement cette idée⁹. De fait, les révisions de la loi sur les dispositions spéciales et de la loi sur la prévention des épidémies et le soin des malades introduisirent en février 2021 la possibilité d'attribuer des amendes administratives sans inscription au casier judiciaire aux commerçants qui refuseraient de se plier aux ordres de fermeture ou de réduction des horaires d'établissement, ainsi qu'aux personnes refusant d'être testé ou d'être hospitalisé (voir II-1). En tous les cas, ce sujet est toujours d'actualité et a fait l'objet de discussions durant trois séances de la commission d'étude de la Constitution à la Chambre des représentants fin mars et début avril 2022¹⁰.

L'introduction d'un nouvel « état d'urgence sanitaire » préféré aux régimes légaux et constitutionnels préexistants en France

Contrairement au Japon, la France possède plusieurs dispositions constitutionnelles relatives aux situations d'exception¹¹. Cela ne l'a néanmoins pas empêché d'y préférer parfois la création d'autres dispositifs législatifs *ad hoc*¹² afin de traiter les situations d'urgence de façon différenciée. Ainsi, alors qu'une disposition constitutionnelle relative à l'état de siège avait été introduite en décembre 1954 dans l'article 7 de la Constitution de 1946, le Président de la République promulgua une loi relative à l'état d'urgence le 3 avril 1955 suite à une vague d'attentats en Algérie. La volonté du gouvernement français était alors de ne pas donner le qualificatif de guerre à ce qu'il considérait n'être que des troubles intérieurs, afin de ne pas légitimer les prétentions indépendantistes du Front de libération national

会衆議院憲法審査会議事録第10号(2013年5月23日)
https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/025018320130523010.htm。
 自由民主党「日本国憲法改正草案」(2012年4月27日)。自由民主党憲法改正推進本部
 「憲法改正に関する議論の状況について」(2018年3月26日)。

⁸ 山口二郎「日本官僚制とコロナ危機：日本モデルと無責任体制をめぐって」年報公共政策学16巻(2022年3月)65頁。

⁹ 秋山肇「COVID-19 対策と日本国憲法が保障する人権：新型インフルエンザ等対策特別措置法に着目して」F1000 Research(2021年)；飯島慈明、前掲書、12。

¹⁰ 第208回国会衆議院憲法調査会、第6号～第8号、2022年3月24日～4月7日。
https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/0250_1.htm#208。

¹¹ L'ancien Président de la section du contentieux du Conseil d'État disait même de la V^e République qu'elle se caractérisait par « l'institutionnalisation » de l'urgence exceptionnelle. ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Dalloz, t. 1, rééd. 2007, p. 303.

¹² Sur les états d'urgence avant la pandémie de COVID-19, voir les numéros 112 (2018) et 113 (2019) « L'état d'urgence en permanence » de la revue *Culture & Conflits*.
<https://journals.openedition.org/conflits/20480> ; <https://journals.openedition.org/conflits/20692>.

(FLN) algérien en les traitant comme des forces étrangères. De même, alors que l'article 16 de la Constitution de 1958 prévoyait la possibilité d'attribuer des pouvoirs exceptionnels au Président de la République en cas de « menace grave et immédiate pesant sur l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux », et que l'état d'urgence de la loi de 1955 avait perduré deux ans de 2015 à 2017 suite aux attentats terroristes, le Président de la République décida de promulguer une nouvelle loi le 23 mars 2020 pour déclarer un état d'urgence sanitaire. De nombreux juristes ont estimé que le gouvernement aurait pu réviser la loi de 1955 ainsi que le Code de la santé publique (CSP) pour les adapter aux situations d'urgence sanitaire¹³, plutôt que de procéder à la création d'un nouveau régime se superposant aux autres¹⁴. Cette loi du 23 mars 2020 dispose que l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres (présenté par le Premier ministre et signé par le président de la République)¹⁵, sur le rapport du ministre de la Santé, en précisant que les données scientifiques sur la situation sanitaire ayant motivé la décision sont rendues publiques. Bien que cela puisse sembler anodin, ces données ont pu être mobilisées dans les débats parlementaires ou par les juges pour exercer leur contrôle, le démarquant malgré tout des autres régimes juridiques d'urgence.

2. Le renforcement des exécutifs dans la lutte contre la COVID-19

Un renforcement important des exécutifs en France

En France, l'état d'urgence sanitaire a sensiblement accru le pouvoir de création normative du gouvernement principalement de deux façons. 1) Tout d'abord, l'article L.3131-15 CSP, créé par l'article 2 de la loi du 23 mars 2020, a étendu le pouvoir réglementaire du Premier ministre dans plusieurs domaines (restriction de la liberté de circuler, confinement, fermeture de certains établissements, *etc.*), sous condition qu'il s'agisse de garantir la santé publique. À noter que ces décrets devaient être pris sur le rapport du ministre de la Santé. 2) Les articles 3 et 11 de la loi du 23 mars 2020 ont également défini plusieurs domaines pouvant faire l'objet d'ordonnances (articles 38 de la Constitution), auxquelles le gouvernement a massivement recouru durant l'état d'urgence sanitaire. Cette tendance à légiférer sur délégation législative

¹³ GELBLAT Antonin et MARGUET Laurie, « État d'urgence sanitaire... », *op. cit.*

¹⁴ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains », *Revue française d'administration publique*, n°176, avril 2020, p. 875-888. <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2020-4-page-875.htm>.

¹⁵ Son article 4 déclarait néanmoins, à titre dérogatoire, l'état d'urgence sanitaire pour deux mois, sans passer par un décret.

avait été déjà importante durant le précédent état d'urgence entre 2015 et 2017 (213 en trois ans), mais elle s'est nettement renforcée entre 2020 et 2021 (216 en deux ans). Sur 125 ordonnances publiées en 2020, 99 étaient relatives à la lutte contre la COVID-19 et ses conséquences. En 2021, sur 91 ordonnances, 10 concernaient la gestion de la crise¹⁶. Si l'on peut admettre que l'urgence puisse justifier le recours à cette pratique, de nombreuses voix – parmi lesquelles celle du président du Sénat, Gérard Larcher¹⁷ – ont critiqué le fait que le gouvernement ait continué de solliciter des habilitations du Parlement alors que l'urgence initiale était passée.

En outre, la loi du 23 mars 2020 a permis au Premier ministre et au ministre de la Santé d'habiliter le représentant de l'État territorialement compétent (préfets) à prendre toutes les mesures d'application nécessaires (art. L.3131-17 CSP). L'on a pu ainsi voir l'adoption de très nombreux arrêtés préfectoraux (plus de 1200 du début mars au 25 avril 2020), dont certains ont restreint les droits et libertés plus fortement encore que les mesures nationales (notamment dans les territoires d'Outre-mer). Il est néanmoins aussi arrivé que ces arrêtés aient eu pour but de protéger les populations les plus fragiles, palliant ainsi les insuffisances au niveau national¹⁸. Plusieurs de ces arrêtés préfectoraux ont fait l'objet d'un contrôle devant le juge administratif. Par ailleurs, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir de police, les maires ont également eu à prendre de nombreux arrêtés municipaux, imposant parfois des couvre-feux, des restrictions d'activités, le port du masque, la fermeture des écoles, *etc.* Toutefois, la marge de manœuvre des maires fut assez strictement encadrée par le législateur et par le juge administratif¹⁹. Quoi qu'il en soit, on constate que l'état d'urgence sanitaire s'est accompagné d'un renforcement des exécutifs locaux au détriment des assemblées délibérantes suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2020-391 relative aux collectivités

¹⁶ SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT, « Indicateurs de suivi de l'activité normative », 2022, p. 7. https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme/indicateurs_2022.pdf.

¹⁷ Il avait déclaré le 1^{er} octobre 2020 au Sénat que : « le recours aux ordonnances est devenu massif. [...] C'est un recours abusif, qui est loin d'être toujours justifié par l'urgence ». COMMISSION DES LOIS DU SENAT, « Rapport n°109 sur le Projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire », 2020. <http://www.senat.fr/rap/120-109/120-1094.html>.

¹⁸ BOULESTREAU Mileva *et al.*, « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI : 10.4000/revdh.9189.

¹⁹ DONIER Virginie, « Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence sanitaire ? », *Revue française d'administration publique*, n°176, avril 2020. DOI : 10.3917/rfap.176.0047. Pour un résumé d'arrêtés municipaux ayant fait l'objet d'une recours devant le juge, voir : <https://www.banquedesterritoires.fr/covid-19-les-arretes-municipaux-lepreuve-du-juge>.

territoriales²⁰. Ainsi, la lutte contre la COVID-19 en France s'est faite de façon plutôt centralisée²¹, avec des dispositifs préfectoraux localement plus contraignants, sans que l'articulation avec les pouvoirs des maires et représentants des collectivités territoriales ne soient toujours bien claire²².

Les réticences de l'État japonais à contraindre et la délégation aux collectivités locales de la lutte contre la COVID-19

Au Japon, l'état d'urgence sanitaire ne s'est pas particulièrement accompagné d'un renforcement du pouvoir de création normative du gouvernement. La loi sur les dispositions spéciales révisée le 13 mars 2020 attribue néanmoins à l'État la responsabilité de protéger la vie et la sécurité des citoyens face aux infections grippales et lui impose de mettre en œuvre des mesures de façon adéquate et rapide, ainsi que des infrastructures nécessaires dans tout le pays (art. 3 al. 1). Aussi, elle charge le gouvernement d'établir un plan d'action comportant notamment les directives fondamentales des mesures de lutte contre les infections (art. 6). Elle dispose également que le Premier ministre, en tant que chef du siège pour la lutte contre les infections, se charge, entre autre, de la coordination globale des différents acteurs responsables de l'exécution des mesures préconisées (art. 20 al. 2). Cela étant, la loi sur les dispositions spéciales confère dans la lutte contre les infections un rôle central aux collectivités locales (et notamment à leurs exécutifs) qui, tout comme l'État, doivent établir des plans d'action (art. 7, 8 et 9). Mais c'est surtout aux gouverneurs que revint la tâche de prendre les mesures concrètes « sur le terrain »²³. En effet, en période d'état d'urgence²⁴, c'est eux qui furent chargés de demander le cas échéant aux citoyens de s'abstenir de sortir de chez eux ou encore aux commerçants de réduire leurs horaires d'ouverture, voire de fermer leur établissement (art. 45). Bien que ces mesures aient pu

²⁰ Ces assemblées ont néanmoins conservé leur rôle de contrôle sur les actes de l'exécutif : <https://www.lagazettedescommunes.com/674239/covid-19-une-ordonnance-renforce-le-pouvoir-des-executifs-locaux/>.

²¹ Le processus décisionnel hyper centralisé dans le Conseil de défense – dont les membres sont soumis au secret-défense – fut d'ailleurs maintes fois critiqué. Voir par exemple, MORIN Chloé, « Le conseil de défense traduit une conception monarchique du pouvoir » [en ligne], *Figaro Vox*, 28 octobre 2020. <https://www.lefigaro.fr/vox/politique/le-conseil-de-defense-traduit-une-conception-monarchique-du-pouvoir-20201028>.

²² CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2021. Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, La documentation Française, « Les études du Conseil d'État », p. 162-164. Les sénateurs ont mis en place dès le 14 avril 2020 une cellule de soutien aux maires pour les informer notamment sur leurs prérogatives en période d'état d'urgence sanitaire : http://www.senat.fr/consult/assistance_aux_maires_sur_la_situation_durgence_sanitaire.html.

²³ Voir par exemple 地方自治研究機構「新型コロナウイルス感染症に関する条例」「オンライン」 http://www.rilg.or.jp/htdocs/img/reiki/022_covid_19.htm.

²⁴ Puis à partir de la révision de février 2021, également en période de mise en place de dispositifs importants de lutte contre la propagation (まん延防止等重点措置) (art. 31-6).

paraître peu contraignantes en comparaison de celles prises à l'étranger, le contexte social japonais les a rendues extrêmement effectives et l'on aurait tort de considérer qu'elles étaient bien plus libérales²⁵.

Plusieurs frictions entre certains gouverneurs et le gouvernement central sont néanmoins apparues autour des mesures de lutte contre la COVID-19²⁶. Tout d'abord, à l'instar de la France, de nombreux juristes et praticiens ont noté que la répartition concrète des rôles entre le gouvernement central et les collectivités locales n'était pas bien définie²⁷. Le flou qui entourait le degré d'autonomie des collectivités locales en la matière en a amené beaucoup à être dans l'expectative, préférant attendre les directives nationales plutôt que de prendre des initiatives dont elles auraient dû supporter la responsabilité (*blame avoidance*)²⁸. Or, de son côté, le gouvernement central fit lui aussi preuve d'une grande réticence à prendre certaines mesures d'urgence. Cela conduisit plusieurs gouverneurs à être proactifs, à l'image du gouverneur du Hokkaidō Suzuki Naomichi, qui déclara à plusieurs reprises un état d'urgence sans fondement légal (le 28 février, puis le 12 avril 2020). De même, ce sont les collectivités locales qui devancèrent le gouvernement central en fixant en mai 2020 des indices chiffrés (taux d'incidence, taux de résultats positifs des tests PCR, nombre de cas graves, *etc.*) pour planifier la sortie de l'état d'urgence et ajuster leurs préconisations²⁹, alors que le gouvernement n'adopta les six indices et quatre niveaux de gravité élaborés par le comité d'experts du gouvernement que le 7 août 2020³⁰.

Au premier abord, l'on pourrait s'étonner de voir les décideurs s'autolimiter ainsi en adoptant volontairement des indices chiffrés qui encadrent leurs actions et réduisent leur marge de manœuvre. On peut cependant déceler derrière cela leur volonté de renforcer la légitimité

²⁵ Certains considèrent même que la faiblesse de leur caractère contraignant ont conduit à une certaine tyrannie sociale. 井上達夫「危機管理能力なき無法国家：コロナ危機で露呈する日本の病巣」法律時報 92 巻 9 号（2020 年 8 月）64 頁。

²⁶ 竹中治堅『コロナ危機の政治：安倍政権 vs. 知事』中央公論新社、2020 年。

²⁷ En état d'urgence, la loi sur les dispositions spéciales et celle sur la prévention des épidémies et le soin des malades catégorisent les mesures de lutte contre les épidémies de tâches déléguées légalement (法定受託事務) et non de tâches autonomes (自治事務)。榎本尚行「『緊急事態宣言』をめぐる経緯と課題：特措法に基づく新型コロナウイルス感染症対策を中心に一」立法と調査 (427) (2020 年 9 月) 14-31 頁；大林啓吾「総論—コロナの憲法問題」in 大林啓吾 (編)『コロナの憲法学』弘文堂、2021 年、8-11 頁。

²⁸ 金井利之『コロナ対策禍の国と自治体：災害行政の迷走と閉塞』筑摩書房、2021 年。

²⁹ Le 5 mai 2020 pour Ōsaka, le 7 mai 2020 pour Ibaraki, le 15 mai 2020 pour Tōkyō, *etc.* <https://www3.nhk.or.jp/news/special/coronavirus/emergency/> ; <https://www.nikkei.com/article/DGXZQODG115Z7011122020000000/> ; https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/_res/projects/default_project/_page/_001/007/894/202005159999.pdf.

³⁰ 内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「今後の感染状況の変化に対応した対策の実施に関する指標及び目安について（事務連絡）」（2020 年 8 月 7 日）。

scientifique de leurs décisions en les adossant non seulement aux avis d'experts³¹, mais à des éléments quantifiables et prédéterminés. Outre la lisibilité et la prévisibilité des décisions qu'elle apporte au public, cela lui confère un caractère automatique, d'apparence neutre et décorrélée de leurs choix, atténuant de ce fait leur responsabilité³². Bien que nous ne puissions nous étendre davantage sur ce sujet, il est indéniable que le rôle joué durant cette séquence par les experts scientifiques dans le processus décisionnel fut très important. Ils purent même faire figure de véritable contre-pouvoir³³, prenant à l'occasion les « devants ». C'est ainsi notamment le comité d'experts scientifiques du gouvernement qui poussa vivement ce dernier à déclarer l'état d'urgence et à préconiser plusieurs mesures de réductions des comportements à risque. C'est lui qui le poussa à retirer la métropole du dispositif *GoTo Travel* (auquel Koike Yuriko était également opposée). C'est également lui qui avança l'idée d'une organisation des Jeux Olympiques sans spectateurs³⁴. Ainsi, pour les collectivités locales comme pour les experts scientifiques, les rapports avec le gouvernement oscillèrent de façon dynamique, au gré des rapports de force entre les acteurs et de la perception qu'ils avaient de la situation sanitaire et de leurs rôles respectifs.

³¹ Rappelons qu'il s'agit d'une obligation légale pour le Premier ministre (内閣総理大臣・政府対策本部長) et les gouverneurs de département (都道府県知事・de recueillir l'avis de spécialistes (新型インフルエンザ等対策推進会議・学識経験者) pour fixer les orientations générales des contre-mesures (art. 18 al. 4 de la loi sur les dispositions spéciales), établir leurs plans d'actions (art. 6 al. 5 et art. 7 al. 3) et demander la coopération des citoyens pour stopper la propagation du virus (art. 31-6. al. 4 et art. 45 al. 4).

³² Le 20 janvier 2021, le Premier ministre Suga Yoshihide répondit ainsi à la Diète qu'il n'y avait pas de débat à avoir sur la date de sortie du deuxième état d'urgence puisqu'il fallait d'abord « sortir du niveau 4 ». 「延長を議論するのではなく、ステージ4を早急に脱却できるよう都道府県とも緊密に連携する」。 <https://web.archive.org/web/20210302205615/https://www.nikkei.com/article/DGXZQODE203XN0Q1A120C2000000/>

³³ GRIVAUD Arnaud, « Le rôle des experts dans les politiques de lutte contre la COVID-19 au Japon », in De Waele Jean-Michel, *et. al.*, *Comparing the role of experts during the Covid-19 pandemic*, Stockholm University Press, à paraître, 2023.

³⁴ コロナ専門家有志「2020年東京オリンピック・パラリンピック競技大会開催に伴う新型コロナウイルス感染拡大リスクに関する提言」(2021年6月18日). <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/jnpc-prd-public-oregon/files/2021/06/7140593d-5538-4b53-8359-a016c21cd37d.pdf>.

II. LES CONTRE-POUVOIRS DURANT LA PANDÉMIE DE COVID-19

1. *Le pouvoir législatif comme contre-pouvoir*

Un faible contrôle du Parlement sur le gouvernement en France

Durant la crise de la COVID-19, le Parlement a appliqué un contrôle sur le cadre juridique exceptionnel dans lequel l'action gouvernementale s'est déroulée (état d'urgence sanitaire, lois d'habilitation à légiférer par ordonnance, *etc.*), ainsi que sur les mesures elles-mêmes (confinement, pass vaccinal, aides économiques, *etc.*). Tout d'abord, bien que le Parlement ait accepté la création d'un nouveau régime d'état d'urgence spécifique aux situations sanitaires, le Sénat apporta un amendement au projet de loi pour le rendre provisoire en prévoyant sa disparition dans l'ordre juridique au 1^{er} avril 2021 (*sunset clause*). La pérennisation en France de certaines mesures d'urgence jusqu'alors temporaires (loi SILT de 2017) put néanmoins laisser sceptique quant à cette caducité programmée. De fait, cette date fut décalée au 31 décembre 2021 par la loi du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, puis une seconde fois au 31 juillet 2022 par la loi du 10 novembre 2021 portant diverses mesures de vigilance sanitaire. En outre, alors que l'état d'urgence sanitaire est déclenché par décret pour une durée initiale d'un mois, le gouvernement a demandé au Parlement des durées de prorogation de l'état d'urgence sanitaire et du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence toujours plus longues dans ses différents projets de loi de prorogation (deux mois de mai à juillet 2020, cinq mois d'octobre 2020 à février 2021, cinq mois de février 2021 au 1^{er} juin 2021). Le Sénat a plusieurs fois souhaité réduire ces durées, mais les négociations en commission mixte paritaire ne débouchèrent jamais sur de telles réductions. Toutefois, à quelques rares occasions, les deux chambres purent s'accorder sur certains points, comme pour la réduction de la durée d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances en la ramenant du 1^{er} avril 2021 au 16 février 2021, et pour la réduction du délai pendant lequel il doit déposer un projet de loi de ratification de trois à un mois ³⁵.

Outre les limites temporelles visant notamment à augmenter la fréquence des contrôles parlementaires sur l'action du gouvernement, le Parlement a également pu restreindre son champ d'action. Le Sénat avait ainsi réduit de 40 à 10 (juin 2020), puis de 70 à 30 (octobre 2020) les domaines d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances par rapport aux projets de loi initiaux. Il a également cherché début 2021, sans que ses amendements ne soient retenus dans le texte final, à réduire la possibilité du gouvernement

³⁵ SENAT, « Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution », juin 2022, p. 25. http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances2022.pdf.

d'avoir recours au confinement et couvre-feu sans repasser devant le Parlement. Il est d'ailleurs inquiétant de voir que le gouvernement, qui eut abondamment recours aux procédures législatives accélérées, ait cherché à réduire encore plus le rôle du Parlement à celui d'une chambre d'enregistrement durant cette période. Enfin, les deux chambres du Parlement ont pu rendre plusieurs rapports sur les mesures gouvernementales durant cette période d'épidémie de COVID-19³⁶. La conférence des présidents de l'Assemblée nationale mit en place une mission d'information qui rendit deux rapports. Le 2 juin, elle fut dotée des prérogatives d'une commission d'enquête, lui permettant d'auditionner des décideurs comme l'ancienne ministre de la Santé Agnès Buzyn. Une autre commission d'enquête pour mesurer les effets de la crise sur les enfants et la jeunesse, mise en place en septembre 2020, rendit également un rapport trois mois plus tard. De son côté, le Sénat instaura une mission de contrôle sur les mesures liées à l'épidémie de COVID-19 le 24 mars 2020. En juillet 2020, il établit une commission d'enquête, procédant également à des auditions de membres du gouvernement, comme l'ancien ministre de la Santé Olivier Véran. L'impact de ces rapports et auditions sur les décisions gouvernementales fut cependant très réduit, traduisant là encore les limites de l'évaluation des politiques publiques dans le processus décisionnel.

Cette crise fut néanmoins l'occasion pour le Sénat de mettre en avant l'intérêt du bicamérisme en se montrant – sans grande surprise – bien plus proactif que l'Assemblée nationale dans son rôle de contrôle de l'action gouvernementale. Mais la supériorité de cette dernière et la propension des députés de la majorité à accéder à tous les *desiderata* de l'exécutif restreignent grandement la portée de ce contrôle. C'est d'ailleurs là le problème du contrôle parlementaire : son effectivité dépend beaucoup des équilibres partisans, des rapports de force au sein du parti majoritaire et de la perception que les représentants ont de l'urgence et de l'État de droit. Il n'est d'ailleurs pas certains que sans la défaite relative de la majorité aux élections législatives de juin 2022, la loi du 30 juillet 2022 eût bien mis fin et non seulement repoussé à nouveau la date de caducité des régimes juridique de l'état d'urgence sanitaire et de gestion de la crise sanitaire (sortie de l'état d'urgence).

Une quasi-absence de contrôle de la Diète sur le gouvernement au Japon

Comme expliqué précédemment, la possibilité pour le gouvernement de déclencher l'état d'urgence pour une situation sanitaire avait été introduite en 2012 dans la loi relative aux dispositions spéciales. Considérant néanmoins

³⁶ VOXPUBLIC, « 15 mois d'état d'urgence sanitaire : quel bilan pour l'État de droit en France », septembre 2021, p. 22-25. https://www.voxpublic.org/IMG/pdf/rapport_etat_d_urgence_sanitaire.pdf.

que la loi contenait de nombreuses dispositions restreignant les droits et libertés individuels, le gouvernement estima qu'une révision de la loi était nécessaire pour ajouter, sans ambiguïté et pour une durée initialement limitée à deux ans, le coronavirus à la liste des épidémies concernées par la loi, plutôt que d'élargir par une interprétation lâche son champ d'application³⁷. Le projet de révision fut déposé à la Diète le 10 mars 2020 et adopté en urgence trois jours plus tard par presque tous les groupes parlementaires. En réalité, des voies s'étaient déjà levées à la Diète fin janvier 2020 pour appeler à cette révision³⁸. Conformément à l'article 32, le gouvernement avait pour obligation d'informer la Diète lors du déclenchement, du prolongement et de la levée de l'état d'urgence ainsi que lors de la modification des zones concernées. Une résolution supplémentaire fut cependant adjointe lors des votes dans les deux chambres afin qu'il s'agisse bien en principe d'une information préalable et non *a posteriori*³⁹. Même si cela ne conférait pas à la Diète un droit de veto en la matière, plusieurs observateurs critiquèrent toutefois le fait que, suite à la révision de la loi en février 2021, cette même obligation d'information ne soit pas introduite pour le régime intermédiaire dit de « mise en œuvre de dispositifs importants de lutte contre la propagation » (art. 31-4). Cela était d'autant plus problématique que tout comme pour l'état d'urgence, ce nouveau régime juridique permettait d'appliquer des sanctions – certes moins lourdes – dans les cas où des commerçants refuseraient de réduire leurs horaires d'ouverture et que des patients refuseraient d'être hospitalisés ou soumis à un test. À ce sujet, le ministère de la Santé et du travail avait même suggéré qu'il s'agisse d'amendes judiciaires, voire de peines privatives de liberté pour les refus d'hospitalisation. Cela avait cependant suscité de vives critiques et suite à des discussions avec l'opposition, les peines furent réduites et limitées à des amendes administratives⁴⁰.

En dehors de ces concessions, on ne saurait dire que la Diète a constitué un contre-pouvoir notable durant cette crise sanitaire⁴¹. À l'instar des collectivités locales, l'opposition parlementaire s'est en fait principalement élevée contre le manque de réaction du gouvernement face à la crise et contre

³⁷ 大曾根暢彦「新型インフルエンザ等対策特別措置法の課題：特措法の概要と国会論議」立法と調査 427 巻（2020 年 9 月）8 頁.

³⁸ 同書 7 頁.

³⁹ 同書 10 頁.

⁴⁰ 例えば、日本弁護士連合会「感染症法・特措法の改正法案に反対する会長声明」オンライン（2021 年 1 月 22 日）

https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2021/210122_2.html. 東京新聞「入院拒否、逃亡で懲役刑規定を削除へ 政府・与党、新型コロナ関連法改正案の方針」Tokyo Web（2021 年 1 月 27 日）<https://www.tokyo-np.co.jp/article/82227>.

⁴¹ 山口二郎、前掲書、76 頁.

la faible envergure des mesures prises (aides financières, soutien au système de santé, *etc.*). Mais comme en temps normal depuis le retour du PLD au pouvoir en 2012, cette opposition divisée ne parvint guère à faire adopter ses propositions de loi, ses amendements aux projets de loi du gouvernement, ni même à capitaliser électoralement durant cette séquence contrairement à ce que l'on a pu observer dans d'autres pays. Par ailleurs, l'on put voir le gouvernement refuser de convoquer la Diète en session extraordinaire durant l'été 2020, en dépit d'une deuxième vague de contaminations et de l'article 53 de la Constitution obligeant pourtant le Cabinet à convoquer la Diète lorsqu'un quart ou plus des parlementaires d'une des deux chambres l'exigent. Outre le caractère inquiétant de cette entorse à la Constitution – qui n'était pas une première sous le gouvernement Abe⁴² –, l'on peut s'étonner de voir la majorité arguer d'un côté que l'introduction d'une disposition constitutionnelle relative à l'état d'urgence est nécessaire notamment dans les cas où la Diète ne pourrait légiférer en urgence⁴³, et de l'autre ne pas la convoquer en session extraordinaire alors même que la Constitution l'impose. Tout cela étant dit, on peut supposer, au Japon comme en France, que les débats parlementaires ont participé à conférer une certaine visibilité aux diverses situations et opinions présentes dans la société, même s'il s'agissait là peut-être de considérations principalement électorales. On peut ainsi faire l'hypothèse que cette fonction d'arène parlementaire a joué indirectement comme contre-pouvoir, en amenant le gouvernement à prendre davantage en compte l'opinion publique, *a fortiori* avec l'approche d'élections présidentielles et législatives.

2. Le pouvoir judiciaire comme contre-pouvoir

Une activité juridictionnelle intense en France

Durant la crise de la COVID-19, le Conseil constitutionnel a été amené à contrôler, *a priori* et *a posteriori*, la conformité à la Constitution des textes législatifs. Assez logiquement, c'est tout d'abord sur la loi organique d'urgence du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19 qu'il a été amené à se prononcer, suite à sa saisine par le Premier ministre⁴⁴. En dépit du fait que le Parlement avait voté la loi organique avant que ne s'écoule après son dépôt le délai de 15 jours prévu par l'article 46 de la Constitution, le Conseil considéra que les règles de procédure n'avaient pas été violées,

⁴² Le gouvernement avait déjà contourné l'article 53 C en refusant de convoquer la Diète en session extraordinaire entre la fin de la 189^{ème} session ordinaire en septembre 2015 et le début de la 190^{ème} session ordinaire en janvier 2016.

⁴³ Notamment dans les cas où le quorum (定足数) fixé à l'article 56 al. 1 de la Constitution ne serait pas atteint d'un tiers ne serait pas atteint. 飯島慈明、前掲書、9-12頁。

⁴⁴ Les lois organiques sont soumises obligatoirement au Conseil constitutionnel (art. 61C).

« compte tenu des circonstances particulières de l'espèce ». Il décida également, de sa propre initiative, de suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil devait se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ordinairement fixé à trois mois⁴⁵. Saisi par les députés de l'opposition, le Conseil valida dans l'essentiel la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence – avec néanmoins quelques réserves. Dans cette décision, il admit d'ailleurs explicitement la conformité à la Constitution du nouveau régime d'état d'urgence sanitaire, considérant que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. »⁴⁶ Ces deux décisions amenèrent des juristes à y voir l'émergence d'un « droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », assouplissant certains principes au gré des circonstances exceptionnelles⁴⁷. Mais avec la fin du délai de suspension de transmission des QPC, et alors que l'urgence initiale semblait s'installer dans la durée, le Conseil rendit davantage de décisions censurant totalement ou partiellement certaines dispositions législatives. Sans pouvoir détailler l'ensemble de ces décisions, le Conseil censura par exemple le dispositif de prolongement automatique des durées de détentions provisoires sans passage devant le juge, introduit par le gouvernement lors du premier confinement⁴⁸. Il élargit également le champ de son contrôle en y intégrant les ordonnances non ratifiées après expiration du délai d'habilitation, considérant qu'elles devaient être regardées comme des dispositions législatives (et non réglementaires)⁴⁹. Le juge constitutionnel semble ainsi avoir validé la plupart des dispositifs du gouvernement, faisant prévaloir le caractère exceptionnel de la situation et la nécessité d'assurer la protection de la santé des citoyens, tout en censurant certaines dispositions qui réduisaient abusivement leurs libertés et en élargissant son champ de compétence.

Conséquence logique de l'accroissement du nombre de décisions réglementaires prises au niveaux national et local, la juridiction administrative a été très fortement sollicitée pendant cette période de crise sanitaire. Entre le 17 mars 2020 et le 17 mars 2021, 930 recours⁵⁰ liés à la pandémie ont été

⁴⁵ Cons. Const. n°2020-799 DC du 26 mars 2020.

⁴⁶ Cons. Const. n°2020-800 DC du 11 mai 2020.

⁴⁷ MAGNON Xavier, « Les principes d'un droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », *AJDA*, n°23, juin 2020, p. 1257.

⁴⁸ Cons. Const n°2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021.

⁴⁹ Cons. Const n°2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020. Ce revirement de jurisprudence étonna, d'autant que depuis la révision constitutionnelle de 2008, l'article 38 al.2 C exige une ratification expresse des ordonnances. Voir RAMDANI Louis-Sami, « Les ordonnances à l'épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel ! » [en ligne], *Actu-juridique*, octobre 2020. <https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/les-ordonnances-a-lepreuve-de-la-qpc-haro-sur-le-conseil-constitutionnel/>.

⁵⁰ Donc 283 recours identiques, traités comme un seul. CONSEIL D'ÉTAT, « 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

jugés en urgence, notamment via la procédure du référé-liberté dans laquelle le juge administratif se prononce dans les 48 h sur une décision administrative qui porterait une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (l'appel se fait devant le Conseil d'État). Selon les cas, le Conseil d'État a tantôt ordonné ou suspendu des actes administratifs et tantôt rejeté les requêtes des requérants. Dans ces derniers cas, il est aussi arrivé que le gouvernement modifie néanmoins ses décisions à la lumière des débats entre les parties⁵¹. Cette activité intense de la juridiction administrative a amené l'ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État Bernard Stirn à déclarer que le « référé [avait] été une arme de combat contre le virus » et qu'il avait été « un marqueur important de l'État de droit pendant la crise sanitaire ». Outre les délais extrêmement courts dont il disposait pour statuer sur les affaires présentées devant lui, le Conseil d'État a été confronté à deux grandes défis. Premièrement, il a dû traiter des requêtes contradictoires, demandant tantôt un durcissement, tantôt un assouplissement des mesures sanitaires. Ensuite, le juge administratif a dû effectuer un contrôle de proportionnalité en tenant compte d'un contexte qui était géographiquement hétérogène (différences entre les départements, villes, *etc.*) et évolutif dans le temps, avec une construction progressive des connaissances scientifiques⁵². Ainsi, alors même que le port du masque fut rendu obligatoire ultérieurement sur tout le territoire national, le Conseil d'État confirma la suspension de l'arrêté municipal qui rendait le port du masque obligatoire dans la commune de Sceaux⁵³, estimant que l'intervention du maire devait s'appuyer sur des « raisons impérieuses liées à des circonstances locales » la rendant « indispensable », et sous réserve de ne pas porter atteinte « à la cohérence et à l'efficacité » des mesures nationales.

Dans le cas de requêtes visant à assouplir les mesures sanitaires, le Conseil d'État a exercé son contrôle de proportionnalité, en prenant toutefois compte des circonstances exceptionnelles. Mais lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur une éventuelle carence des autorités, plusieurs difficultés

libertés » [en ligne], avril 2021 : <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> ; CONSEIL D'ÉTAT, « À l'écoute des citoyens, au service de l'État de droit. Bilan annuel 2020 du Conseil d'État » [en ligne], juin 2021 : <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/06-juin/bilan-activite-2020-03092021.pdf>. Plusieurs décisions sont résumées sur le site du Conseil d'État : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19> ; pour une analyse de plusieurs décisions voir : <https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/a-propos-de-letat-d-urgence-sanitaire-textes-et-contextes/>.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Le Conseil d'État a par exemple mentionné le nombre de contaminations, le taux d'incidence, d'hospitalisation ou la couverture vaccinale à un moment donné pour se prononcer sur certaines requêtes. Voir CE, 26 juillet 2021, ord. réf. n°454754 & n°454792-454818, sur l'extension du pass sanitaire par décret du Premier ministre en contexte de dégradation de la situation sanitaire.

⁵³ CE, 17 avr. 2020, ord. réf. n° 440057, Commune de Sceaux.

apparentent. Sans entrer dans le détail, la première décision rendue le 22 mars 2020 (un dimanche), concernait un recours du syndicat Jeunes Médecins, qui demandait un confinement total de la population⁵⁴. En l'espèce, le Conseil d'État n'a pas retenu l'existence d'une carence manifeste et fautive de l'État tout en soulignant qu'une telle carence pourrait à l'avenir être caractérisée si les « dispositions [étaient] inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné ». Selon la juriste Jeanne de Gliniasty, il eût été plus cohérent de solliciter la procédure du « référé mesures utiles »⁵⁵, mais elle souligne que ce cas pose la question de l'« injusticiabilité » ou de l'« irréductibilité juridique des politiques publiques »⁵⁶. Elle considère ainsi illusoire de penser que le Conseil d'État puisse remplacer le Parlement dans son rôle d'évaluation des politiques publiques et déclarer celles-ci insuffisantes, alors même que sa section consultative les a souvent validées au cours du processus législatif⁵⁷. Ainsi, même s'il a pu essuyer des critiques⁵⁸, le Conseil d'État a joué un rôle très important de contrôle des mesures collectives et individuelles prises par les représentants de l'État et des collectivités territoriales.

Enfin, la crise de la COVID-19 a également vu émerger la question de la responsabilité pénale des décideurs. Albert Venn Dicey considérait à cet égard que la possibilité d'être jugé après la fin du régime d'exception permettaient de dissuader les décideurs publics de procéder à des abus injustifiés pendant la durée du régime d'exception⁵⁹. En l'occurrence, cette responsabilité pénale ne fut pas seulement mise en cause après la fin des états d'urgence mais aussi pendant les états d'urgence. Or, l'on a pu justement voir en mai 2020 les sénateurs adopter un amendement – finalement rejeté par l'Assemblée nationale – pour limiter la responsabilité pénale des maires afin qu'ils ne s'abstiennent pas de prendre certaines mesures nécessaires pour lutter contre

⁵⁴ CE, 22 mars 2020, ord. réf. n° 439674, Syndicat Jeunes Médecins. GLINIASTY Jeanne (de), « La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI: 10.4000/revdh.9447.

⁵⁵ Appelé également référé conservatoire, il permet de demander au juge d'ordonner une mesure utile à la sauvegarde de ses droits. Le juge n'est cependant pas tenu de se prononcer dans les 48h comme pour le référé-liberté.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ À noter qu'en 2020, le Conseil d'État a rendu 202 avis, dont 112 en moins de 5 jours (il n'a par exemple disposé que de 24h pour se prononcer sur la loi du 23 mars 2020). CONSEIL D'ÉTAT, « À l'écoute des citoyens... », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸ Voir par exemple Vermeulen Nicolas, « L'office du juge administratif face à l'extraordinaire. Regards critiques sur le communiqué de presse "Un an de recours en justice lié à la covid-19" » [en ligne], *Dalloz actualité*, octobre 2021. <https://www.dalloz-actualite.fr/node/1-office-du-juge-administratif-face-l-extraordinaire>.

⁵⁹ DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1915], Liberty Classics, 8^e éd., 1982, p. 140-143, cité dans MANIN Bernard, « Le paradigme de l'exception... », *op. cit.*, p. 8-9.

l'épidémie de COVID-19. De plus, lors du premier confinement, ce sont moins les abus injustifiés qui furent mis en cause, que l'inaction des décideurs, menaçant la santé des citoyens selon les plaignants. Ainsi, des citoyens, syndicats, associations ou collectifs de médecins adressèrent à la Cour de justice de la République des dizaines de milliers de plaintes contre des membres du gouvernement, mais seules neuf d'entre elles furent finalement jugées recevables⁶⁰. Elles visaient notamment les anciens Premiers ministres Édouard Philippe et Jean Castex, les anciens ministres de la Santé Agnès Buzyn et Olivier Véran, ainsi que l'ancienne porte-parole de l'Élysée Sibeth Ndiaye. Plusieurs d'entre eux firent d'ailleurs l'objet de perquisitions le 15 octobre 2020 et le 10 septembre 2021, Agnès Buzyn fut même mise en examen. Néanmoins, cette mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs reste – heureusement – limitée à des cas extrêmes, et l'on ne saurait y voir un mécanisme efficace de contre-pouvoir et de contrôle de l'action gouvernementale⁶¹.

Une moindre sollicitation des tribunaux au Japon

Au Japon, ce contrôle juridictionnel a été bien moins actif. Au-delà des explications culturalistes relatives au rapport distant que les Japonais entretiendraient avec la Justice, cette moindre sollicitation des tribunaux s'explique avant tout par le type de mesures prises par les autorités. Nous rejoignons ici complètement l'analyse faite par Ōbayashi Keigo qui montre que dans les pays qui, à l'instar du Japon, ont adopté des mesures modérées et non-contraindantes, il est compliqué d'avoir recours aux tribunaux pour se prémunir contre les préjudices subis *de facto*⁶². En effet, les demandes d'auto-confinement ou de réduction des horaires d'ouverture des commerces provenant des autorités ne sont que des directives administratives dépourvues de force juridique contraignante⁶³. Néanmoins, comme expliqué plus haut, indirectement, via la pression sociale, ces mesures ont pu être tout aussi contraignantes, débouchant parfois sur des comportements discriminatoires. En dépit de cela, la grande difficulté à prouver l'existence de tout lien de causalité entre les préconisations des autorités et les restrictions de liberté

⁶⁰ Le 24 janvier 2022, ce sont 19 685 plaintes, essentiellement liées au pass sanitaire et à la vaccination, qui furent classées sans suite.

⁶¹ 三上佳佑「共和国法院の創設とフランスにおける 閣僚責任制の転換」早稲田法学会第 67 卷 1 号(2016)447-501 頁.

⁶² Le professeur Ōbayashi classe en trois catégories les mesures adoptées par les différents États durant l'épidémie de Covid-19 : les mesures contraignantes (*kyōseigata* 強制型), les mesures modérées (*onkengata* 穩健型) et les mesures laxistes (*hōningata* 放任型). 大林啓吾, 前掲書, 4-10 頁.

⁶³ 板垣正彦「新型コロナウイルス雑感 : 自肅要請、休業と補償、都市封鎖」横浜法学第 29 卷第 1 号(2020 年 9 月)187 頁.

effectives et discriminations subies de la part d'acteurs privés, rendaient la sollicitation de tribunaux très compliquée. Quelques décisions furent rendues pour punir des personnes ayant pu avoir des propos diffamatoires (via les réseaux sociaux ou en postant des affiches par exemple) – notamment à l'encontre de commerces⁶⁴ –, mais cela reste faible au vu des phénomènes de « milice de l'auto-confinement » ou de discriminations subies par exemple par les infirmières. On peut toutefois évoquer la décision du tribunal de district de Tōkyō du 16 mai 2022, dans laquelle il a jugé illégal l'arrêté de la métropole de Tōkyō qui ordonnait la fermeture après 19 h et 20 h des restaurants de l'entreprise *Global Dining*, alors que l'état d'urgence était sur le point de s'achever, sans toutefois accéder à sa demande de dédommagement du préjudice. L'autre action ayant attiré l'attention médiatique est celle d'un collectif de commerces proposant des services sexuels, qui avaient été exclus du dispositif gouvernemental d'aide à la pérennisation de l'activité en période de COVID-19. Le 30 juin 2022, le tribunal de district de Tōkyō déclara constitutionnelle cette exclusion, considérant comme le gouvernement que la grande majorité des citoyens estimait que leurs activités allaient contre la morale. Là encore, il est étonnant de voir les juges s'appuyer davantage sur les conventions sociales – celles-là mêmes qui ont parfois été à l'origine de discriminations pendant cette crise de la COVID-19 – plutôt que sur une interprétation stricte de la Constitution. On ne peut ainsi dire que les tribunaux japonais ont joué un important rôle de contre-pouvoir, ce qui n'est pas sans questionner sur ce qu'il en serait si un régime d'exception venait à être intégré dans la Constitution à l'avenir.

CONCLUSION

La crise de la COVID-19 a, dans l'ensemble, donné davantage de visibilité à des problèmes déjà bien identifiés en temps normal en France et au Japon concernant les contre-pouvoirs et la fragilité de nos états de droit. La faiblesse du contrôle parlementaire ainsi que les tentatives des gouvernements de précipiter le processus législatif alors que l'urgence avait disparu posent question. Par ailleurs, la concentration du pouvoir dans les mains des exécutifs en l'absence de définition claire des rôles et responsabilités de chaque acteur a mené à de multiples confusions aux conséquences parfois graves sur les populations, sans que le pouvoir judiciaire ne puisse y remédier. Ainsi, qu'il s'agisse de dispositions légales ou constitutionnelles, il est crucial que les régimes juridiques d'états d'urgence soient pensés et élaborés en amont des crises et non dans l'urgence

⁶⁴ SEIZELET Eric, « Les libertés publiques... », *op. cit.*

de celles-ci. De même, il est important de réfléchir aux politiques publiques à mettre en œuvre pour prévenir ces crises et tâcher d'éviter que la déclaration de l'état d'urgence ne devienne inévitable. L'on peut craindre en effet de voir ces régimes d'état d'urgence s'inscrire dans la durée et devenir des modes de gouvernement à part entière. En France, le régime de l'état d'urgence sanitaire – qui aura été activé pendant 386 jours – prit certes fin le 1^{er} août 2022, mais il n'est pas certain que les leçons de cette crise aient été suffisamment tirées pour éviter que de telles situations ne se reproduisent. Par ailleurs, au Japon, l'état d'urgence ainsi que la mise en œuvre des dispositifs importants de lutte contre la propagation peuvent être déclarés à tout moment par le Premier ministre, et il est même désormais possible d'imposer des amendes aux personnes contaminées refusant d'être testées ou hospitalisées en temps normal. Au vu des multiples crises (énergétique, climatique, *etc.*) qui risquent de soumettre nos sociétés à d'importantes tensions dans un avenir proche, il apparaît urgent de mener une réflexion profonde sur le fonctionnement de nos institutions en état d'urgence.

PARLEMENT FRANÇAIS ET CONTRE-POUVOIR

Gilles TOULEMONDE*

« Successivement, l'apparition du fait majoritaire puis l'élection du chef de l'État au suffrage universel direct enfin la quasi-concomitance, dans cet ordre, des présidentielles et des législatives dans le cadre raccourci du quinquennat ont inscrit dans les faits un affaiblissement parlementaire sans doute au-delà de ce qu'avaient voulu les constituants eux-mêmes »¹. Ce constat formulé par un professeur de droit ayant accompli trois mandats de député apparaît doublement sévère en ce qu'il suggère que les constituants ont entendu, en 1958, abaisser le pouvoir du Parlement et que ce pouvoir a encore été diminué par différentes évolutions ayant traversé la V^e République. Dans ces conditions, qualifier le Parlement français de « pouvoir » est-il encore pertinent ? Le Parlement français n'est-il pas devenu seulement un contre-pouvoir ?

Évidemment, selon la théorie de la séparation des pouvoirs, tout pouvoir est aussi contre-pouvoir. Si l'expression de contre-pouvoir ne figure pas dans *l'Esprit des lois*, elle est inhérente à l'œuvre de Montesquieu selon qui « il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». Le contre-pouvoir remplit alors avant tout une fonction de modération. Il peut, dans ces conditions, agir de deux manières distinctes : « Ou bien, le contre-pouvoir mobilise sa “*faculté d'empêcher*” : le contrôle devient un freinage, au besoin par la sanction. Ou bien, le contre-pouvoir use de sa “*faculté de statuer*” : le contrôle confine alors à une faculté de proposition, de participation ou de délibération »².

* Maître de conférences en Droit public à l'Université de Lille, CRDP/ERDP, ULR n°4487.

¹ Pierre ALBERTINI, « La place du Parlement sous la V^e République », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 21.

² Fabrice HOURQUEBIE, « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs : « l'esprit » de la théorie de Montesquieu », pp. 2-3 : https://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2007/4_de_la_separation.pdf

Toutefois, tout pouvoir apparaissant également comme contre-pouvoir, cela contribue à rendre plus délicate l'identification des contre-pouvoirs, au point que Slobodan Milacic voit en cette notion « un inconnu »³. Pour lui, « tout gêneur n'est pas contre-pouvoir ! »⁴. Il est donc nécessaire de savoir comment reconnaître un véritable contre-pouvoir pour s'interroger à la fois sur la question de savoir si le Parlement est lui-même un contre-pouvoir et sur celle de l'identification des contre-pouvoirs au pouvoir du Parlement. Les travaux de Slobodan Milacic et de Fabrice Hourquebie permettent de déterminer l'identité des contre-pouvoirs en posant quelques critères d'identification. Selon Slobodan Milacic, « le contre-pouvoir, comme tout autre pouvoir dans la logique du système, doit bénéficier d'un statut adéquat de légitimité institutionnelle : il doit être transparent, reconnaissable d'avance comme tel ; il ne peut s'affirmer de façon improvisée, sauvage, voire sournoise »⁵. Fabrice Hourquebie renchérit en considérant que le contre-pouvoir doit être institutionnalisé, « ce qui, a contrario, signifie qu'une « contre-force », qui n'est pas au minimum institutionnalisée et au maximum constitutionnalisée, ne pourra prétendre que difficilement au rôle de contre-pouvoir »⁶. Dans ces conditions, il faudrait donc plutôt identifier les contre-pouvoirs parmi celles des institutions qui ont plus spécifiquement pour fonction de bloquer, de contrôler, de sanctionner⁷.

Au regard de ces éléments, il est possible d'identifier un certain nombre de contre-pouvoirs au pouvoir du Parlement. Les juges dont la fonction est institutionnalisée et qui sont immédiatement identifiables, en toute transparence, remplissent à titre principal une fonction de contrôle et de sanction ; à ce titre le Conseil constitutionnel, au premier chef, mais plus largement toutes les juridictions constituent bien des contre-pouvoirs au pouvoir du Parlement français. De façon plus exceptionnelle, le Président de la République peut aussi apparaître comme l'un de ses contre-pouvoirs.

Mais les critères d'identification d'un contre-pouvoir ainsi dégagés, permettent-ils de considérer que le Parlement français est lui-même un contre-pouvoir, voire qu'il serait réduit à ce rôle ? Si, dans *l'Esprit des lois*, Montesquieu appréhendait largement le Parlement comme un contre-pouvoir

³ Slobodan MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 675-697.

⁴ Ibid, p. 682.

⁵ Ibid, p. 682.

⁶ Fabrice HOURQUEBIE, « Le contre-pouvoir, enfin connu. Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en terme de contre-pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, 2008, p. 107.

⁷ Fabrice HOURQUEBIE, « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs : « l'esprit » de la théorie de Montesquieu », p. 3 :

https://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2007/4_de_la_separation.pdf

au pouvoir du Roi⁸, le Parlement a acquis au fil du temps, au gré de la démocratisation des institutions, un statut largement différent ; il est devenu pouvoir. Il apparaît surtout comme un pouvoir, mais un pouvoir qui rencontre face à lui des contrepouvoirs – ceux qui viennent d’être identifiés – qui peuvent sembler plus efficaces sous la V^e République que sous les Républiques précédentes en raison de la fin de la souveraineté parlementaire à laquelle ils participent. Pourtant, l’union toujours plus forte entre majorité parlementaire et Gouvernement, voire Président, en raison de l’apparition du fait majoritaire et de la concordance des majorités, tend de plus en plus à considérer le Parlement comme une simple chambre d’enregistrement des volontés de l’Exécutif. Même si ce diagnostic est sans aucun doute caricatural et sans nuance tant le Gouvernement doit en réalité négocier avec sa majorité pour, si ce n’est renoncer à ses projets au moins en redessiner les contours, et si des contestations internes peuvent être fortes (les « frondeurs » sous le quinquennat de François Hollande), il convient de s’interroger sur la possible mutation du Parlement en simple contre-pouvoir. Le Sénat mais aussi l’opposition parlementaire peuvent alors remplir les critères pour appartenir aux contre-pouvoirs : ils bénéficient d’une institutionnalisation⁹, agissent de manière assez transparente et remplissent à titre principal une fonction de contrôle. S’il est vrai que ces critères s’appliquent plus difficilement au Sénat qu’à l’opposition parlementaire, ils permettent difficilement en revanche de considérer la majorité parlementaire à l’Assemblée nationale comme contre-pouvoir au pouvoir du Président et/ou du Gouvernement.

Dans ces conditions, les contre-pouvoirs qui viennent influencer sur le pouvoir du Parlement français de la V^e République, voire qui parviennent à le contrer, apparaissent comme des contre-pouvoirs importants, voire majeurs (I) qui contribuent certes à encadrer et diminuer le pouvoir parlementaire mais qui ne le réduisent pas au rang de contre-pouvoir ; il existe certes, au sein du Parlement français, des contre-pouvoirs (II) mais il serait erroné de ne voir le Parlement qu’au travers de leur prisme déformant et d’ailleurs eux-mêmes participent à ce que le Parlement demeure un véritable pouvoir.

⁸ Selon Fabrice Hourquebie, dans l’œuvre de Montesquieu, « le Parlement est le contre-pouvoir par excellence à la puissance exécutive-royale ». Fabrice HOURQUEBIE, « Le contre-pouvoir, enfin connu. Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en terme de contre-pouvoirs », in *Mélanges en l’honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, 2008, p. 102.

⁹ Certes de nature différente.

I. LES CONTRE-POUVOIRS AU POUVOIR DU PARLEMENT

La Constitution de 1958 a, plus profondément encore que sa devancière, procédé à une rationalisation importante du parlementarisme. Qu'il s'agisse des conditions drastiques de dépôt et de vote d'une motion de censure (art. 49 alinéa 2 de la Constitution), des barrières placées à l'initiative parlementaire (notamment aux articles 40 et 41 de la Constitution) ou des nombreux outils dont disposent le Gouvernement dans la procédure législative depuis la maîtrise d'une partie de l'ordre du jour des assemblées (article 48 de la Constitution) jusqu'à l'article 49 alinéa 3 – véritable « acmé du parlementarisme rationalisé »¹⁰ – en passant par le vote bloqué (article 44 alinéa 3 de la Constitution) ou encore par la mise en œuvre de la procédure accélérée de vote de la loi (article 45 alinéa 2 de la Constitution), le Parlement a été placé par le constituant dans un véritable « corset orthopédique »¹¹.

Pour autant, il est impossible de considérer ce « lacs de contraintes »¹² comme un contre-pouvoir ; il ne s'agit pas d'un organe, mais d'un cadre juridique dans lequel évolue le Parlement ; le considérer comme un contre-pouvoir aboutirait à voir du contre-pouvoir partout dans le système. Il n'est pas davantage possible d'analyser le Gouvernement comme un contre-pouvoir au Parlement pour deux raisons. D'une part, parce que le Gouvernement dans un régime parlementaire n'est que la prolongation de la majorité parlementaire¹³. Il fait corps avec elle et constitue en quelque sorte la branche exécutive de la majorité quand cette dernière en est la branche parlementaire. D'autre part, parce que le Gouvernement est avant tout un organe de pouvoir et il est identifié comme tel par les citoyens. Ainsi ne correspond-t-il pas aux critères d'identification des contre-pouvoirs énoncés précédemment. En revanche, le Conseil constitutionnel remplit bien ces critères et ceci en toute période (A), tandis que le Président de la République ne constitue un contre-pouvoir au Parlement qu'en période de cohabitation (B).

¹⁰ Jean GICQUEL, « Sauvegarder l'article 49 alinéa 3 ! », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 90.

¹¹ L'expression est de Marcel Prelot. Cité par Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. 1^{er} cycle, 3^e éd., 1997, p. 417.

¹² L'expression est d'Edgar Faure. Cité par Olivier DUHAMEL, *Le pouvoir politique en France*, Paris : Le Seuil, coll. Science politique, 2^e éd., 1993, p. 267.

¹³ Voir Armel LE DIVELLEC, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus politicum*, n° 1, 2008. <http://www.juspoliticum.com/article/Le-gouvernement-portion-dirigeante-du-Parlement-Quelques-aspects-de-la-reception-juridique-hesitante-du-modele-de-Westminster-dans-les-Etats-europeens-30.html>

A. – *Le Conseil constitutionnel, un contre-pouvoir permanent mais limité*

Le Conseil constitutionnel remplit à coup sûr les critères pour être qualifié de contre-pouvoir au Parlement ; il a même été créé pour cela.

Il s'agit bien d'un organe constitutionnalisé dont la fonction principale est de contrôler. Précisément, les constituants en 1958 avaient à cœur de limiter la souveraineté parlementaire et l'institution du Conseil constitutionnel pouvait apparaître comme un « canon braqué vers le Parlement »¹⁴ ou comme un « chien de garde de l'exécutif »¹⁵. Chargé de contrôler de manière systématique la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires et des lois organiques (art. 61 alinéa 1 de la Constitution) et, sur saisine¹⁶, des lois ordinaires, le Conseil constitutionnel est ainsi le contrôleur du résultat des délibérations parlementaires que sont les lois. En 1958, il avait d'ailleurs pour fonction essentielle de cantonner le Parlement au vote de lois dans le domaine attribué par l'article 34 de la Constitution.

En outre, la Constitution a chargé le Conseil constitutionnel de veiller à la régularité des élections parlementaires alors que jusque-là les assemblées y veillaient elles-mêmes dans le cadre d'un contrôle dit de la « vérification des pouvoirs » qui laissait place à une totale liberté des assemblées dans l'application des règles et donc à leur arbitraire¹⁷.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel apparaît naturellement comme un contre-pouvoir au Parlement. Son indépendance acquise vis-à-vis de l'exécutif, il n'est certes plus le « chien de garde » de ce dernier. D'ailleurs, la fusion qui existe dans le cadre du régime parlementaire entre Gouvernement et Parlement aboutit à rejeter cette qualification qui n'a eu de valeur qu'avant l'apparition du fait majoritaire à partir 1962. Comme le relève Pascal Jan, « l'idée même de contre-pouvoir [entre le Gouvernement et le Parlement], d'équilibre des pouvoirs s'en trouve ruinée. La loi est l'œuvre de l'exécutif même si formellement elle l'est du Parlement »¹⁸. En revanche, sa fonction demeure de limiter la toute-puissance du Parlement et en cela il est

¹⁴ L'expression est de Charles Eisenmann.

¹⁵ L'expression est de Michel Debré.

¹⁶ Il peut être saisi avant promulgation de la loi soit par le Président de la République, le Premier ministre, le Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, soit, depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, par 60 députés ou de 60 sénateurs. Il peut être saisi après promulgation de la loi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

¹⁷ Voir notamment Loïc PHILIP, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*, LGDJ, 1961 ; Daniel MULLER, « De la vérification des pouvoirs des députés (Essai historique et critique) », *RDP*, 1898, t. 9, pp. 415-455.

¹⁸ Pascal JAN, « Les séparations du Pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Montchrestien*, 2008, p. 258.

bien l'un de ses contre-pouvoirs. La majorité doit d'ailleurs tenir compte de la jurisprudence constitutionnelle lorsqu'elle légifère en intériorisant en quelque sorte une « culture de constitutionnalité »¹⁹.

Toutefois, si sa jurisprudence peut sembler draconienne s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des règlements des assemblées, au point que Léo Hamon estimait qu'elle aboutit à considérer comme interdit tout ce qui n'est pas formellement permis par la Constitution²⁰, ce contre-pouvoir au Parlement qu'est le Conseil constitutionnel n'en est pas moins limité pour au moins trois raisons.

D'une part, le Conseil constitutionnel, pour éviter que ne soit jeté sur lui le voile du gouvernement des juges, répète à l'envi que la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »²¹, se gardant ainsi des débats politiques pour ne porter son regard que sur la conformité d'une loi aux règles de valeur constitutionnelle qui lui sont supérieures.

D'autre part, il estime parfois que la violation d'une disposition constitutionnelle liée à la procédure parlementaire ne peut être invoquée devant lui qu'après que l'argument ait été invoqué lors des débats parlementaires. Il en est ainsi de la violation de l'article 40 de la Constitution en matière d'initiative financière des parlementaires²², de celle de l'article 41 sur la délimitation du domaine de la loi²³ ou encore de celles de l'article 39 sur l'étude d'impact devant accompagner le dépôt des projets de lois²⁴. Ce « préalable parlementaire » témoigne d'une forme de faiblesse du contre-pouvoir qu'est le Conseil constitutionnel vis-à-vis du Parlement même s'il s'agit d'une forme de « self restraint », d'une autolimitation de la part du Conseil constitutionnel.

Enfin, le Conseil constitutionnel, ayant affirmé son incompetence pour apprécier la constitutionnalité d'une loi de révision de la Constitution²⁵, a validé la « théorie de l'aiguilleur » de Georges Vedel, aux termes de laquelle lorsque le Conseil constitutionnel censure une loi ordinaire comme inconstitutionnelle, en définitive, il ne fait que constater que le Parlement n'aurait pas dû agir en suivant la procédure législative ordinaire, mais aurait dû agir en tant que pouvoir constituant dérivé, en suivant la procédure de

¹⁹ Fabrice HOURQUEBIE, « Le contre-pouvoir, enfin connu. Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en termes de contre-pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruylant, 2008, p. 113.

²⁰ Léo HAMON, note sous Conseil constitutionnel, 59-2 DC, Dalloz, 1959, p. 506.

²¹ Cons. const., 54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*. Si la formule a légèrement changé, elle demeure largement semblable : Cons. const., 669 DC, 17 mai 2013 ; Cons. const., 965 QPC, 28 janvier 2022.

²² Cons. const., 82 DC, 20 juillet 1977.

²³ Cons. const., 10 FNR, 26 avril 1979.

²⁴ Cons. const., 718 DC, 13 août 2015.

²⁵ Cons. const., 469 DC, 26 mars 2003.

révision de la Constitution prévue à l'article 89 de la Constitution²⁶. Ainsi, un « lit de justice » est-il toujours possible, à savoir que le Parlement peut toujours surmonter le contre-pouvoir qu'est le Conseil constitutionnel en adoptant un texte selon la procédure constituante et non selon la procédure ordinaire ou organique.

Ainsi, le Conseil constitutionnel est bien un contre-pouvoir au Parlement, mais, il s'agit en réalité d'un « couple qui a appris à vivre ensemble »²⁷. La question prioritaire de constitutionnalité a encore renforcé à la fois le contre-pouvoir du Conseil constitutionnel, qui peut désormais contrôler la constitutionnalité d'une loi a posteriori, mais aussi la relation complexe que ces deux institutions ont noué dans la mesure où il est fréquent que le Conseil constitutionnel décale dans le temps la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative afin de laisser au Parlement le temps de lui en substituer une autre²⁸. La complexité de la relation du Parlement avec le Président de la République résulte, quant à elle, surtout des circonstances politiques.

B. – *Le Président de la République, un contre-pouvoir à éclipses*

La mécanique est trop connue pour qu'on s'y attarde : par une conjonction d'événements et de circonstances, la relation du Parlement et du Président de la République a changé en 1962 lorsqu'est apparu non seulement le fait majoritaire mais surtout la concordance des majorités, c'est-à-dire l'identité de vue politique entre une majorité de députés et le Président de la République. L'apparition d'une « majorité présidentielle » a influé sur la relation entre ces deux institutions et sur leurs places respectives dans le système politique de la V^e République. Les députés ont ainsi pu apparaître comme des « godillots ». Cette expression, employée du temps où le Général de Gaulle était Président de la République, est intéressante en ce que Alexis Godillot était le fournisseur des chaussures de l'armée française avant la Seconde guerre mondiale. Ainsi, employer cette expression pour désigner les députés de la majorité aboutit à les considérer comme des « petits soldats » du Général de Gaulle, disciplinés et soumis aux ordres du Président de la République. Si un militaire n'est plus à la tête de l'État, l'expression est restée

²⁶ Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, pp. 149-159 ; Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, pp. 173-184.

²⁷ Alain DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *RFDC*, 2004, p. 53.

²⁸ Olivier Dord évoque « une bienveillance réciproque » : Olivier DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 23-36.

pour marquer cette relation nouvelle entre le Président de la République et la majorité présidentielle. Ce faisant, le Président de la République ne peut nullement être considéré comme contre-pouvoir au Parlement lorsqu'il dispose d'une majorité de députés acquis à sa cause. Au contraire, ces députés de la majorité deviennent, dans ce cas, les instruments du pouvoir du Président.

Il n'y a donc que lorsqu'il n'existe pas à l'Assemblée nationale une majorité solide de député se réclamant du Président de la République que ce dernier peut apparaître comme un contre-pouvoir au Parlement. Deux hypothèses peuvent alors se présenter : soit le Président et le Gouvernement qu'il a nommé n'est soutenu explicitement que par une minorité de députés dans une forme de gouvernement minoritaire, soit le Gouvernement est bien soutenu par une majorité absolue de députés, mais de députés hostiles au Président de la République dans l'hypothèse de ce que l'on appelle la « cohabitation ».

Le premier cas, celui d'un Gouvernement minoritaire, est finalement celui essentiellement rencontré aux débuts de la V^e République avant les élections législatives des 18 et 25 novembre 1962 et depuis les élections législatives des 12 et 19 juin 2022²⁹. De 1958 à 1962, le Président a pu alors apparaître comme un contre-pouvoir usant de ses pouvoirs constitutionnels pour bloquer les initiatives parlementaires qui lui déplaisent. Ainsi, le 18 mars 1960 s'oppose-t-il à la réunion du Parlement en session extraordinaire alors qu'une demande en ce sens lui avait été formulée par une majorité absolue de députés, conformément aux dispositions de l'article 29 de la Constitution. Ce refus, fruit d'une interprétation contestable de cette disposition constitutionnelle³⁰, témoigne de l'existence, dans la personne du Président de la République, d'un contre-pouvoir au Parlement. De manière plus visible encore, lorsque les députés adoptent, pour la seule et unique fois de la V^e République, une motion de censure contre le Gouvernement Pompidou, en octobre 1962, le Général de Gaulle prononce la dissolution de l'Assemblée nationale. Il s'agissait là de sanctionner les députés en les renvoyant devant les électeurs. Cette « dissolution-sanction » laisse un souvenir encore prégnant dans les institutions françaises, au point que lorsqu'une motion de censure est déposée dans un contexte où la majorité parlementaire est faible (de 1988 à 1993) ou relativement divisée (de 2014 à 2017), les députés se

²⁹ Certes à l'issue des élections législatives des 5 et 12 juin 1988 le Président ne dispose que d'une majorité relative de 275 députés à l'Assemblée nationale, mais celle-ci est suffisante pour permettre au Gouvernement de mettre en œuvre les idées présidentielles du fait de l'éclatement des oppositions parlementaires. Et quand les oppositions risquent de s'unir, le Gouvernement de Michel Rocard use des armes du parlementarisme rationalisé pour atteindre ses objectifs.

³⁰ Georges BERLIA, « La convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime », *RDP*, 1960, pp. 303-316.

remémorent le risque d'une dissolution en cas d'adoption de cette motion. Emmanuel Macron en a d'ailleurs brandi explicitement la menace en octobre 2022. L'attitude du Président dans cette hypothèse est explicite ; il agit bien pour bloquer les tentatives parlementaires et constitue donc un contre-pouvoir au Parlement.

Le second cas dans lequel le Président de la République est un contre-pouvoir au Parlement est celui de la cohabitation. Le Président est alors identifié par tous comme un membre de l'opposition au pôle constitué du Gouvernement et de la majorité des députés, voire des sénateurs³¹. Selon les termes mêmes de François Mitterrand, la cohabitation c'est « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution ». Ainsi, s'appuyant sur le texte constitutionnel et les compétences et pouvoirs qu'il attribue au Président de la République, le Président de cohabitation peut développer une importante faculté d'empêcher par laquelle il s'oppose aux entreprises de la majorité parlementaire. Citons pêle-mêle le refus par François Mitterrand en 1986 de signer des ordonnances, rendant ainsi inutile la loi d'habilitation votée par le Parlement ; la soustraction par François Mitterrand en 1993 d'une partie de l'ordre du jour d'une session extraordinaire du Parlement, interdisant à ce dernier d'examiner une proposition de loi sur le financement des écoles privées avant de longs mois ; ou encore le refus momentané par Jacques Chirac en 2001 d'inscrire à l'ordre du jour du Conseil des ministres un projet de loi accordant une plus grande autonomie à la Corse, empêchant ainsi que ce projet ne soit déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Ainsi, dans ces deux types de circonstances, le Président de la République est bien un contre-pouvoir au Parlement. Toutefois, il ne l'est que par éclipses dans la mesure où il est nécessaire que de telles circonstances soient réunies pour qu'il apparaisse comme tel, mais aussi parce que, même dans ces circonstances, il ne peut adopter une attitude d'opposition permanente au risque de décrédibiliser son propre pouvoir.

Ce jeu de pouvoir et de contre-pouvoir est subtil et tient compte d'un contexte politique dont même le Conseil constitutionnel ne peut se départir. Ne dit-on pas du Conseil constitutionnel que parfois il laisse passer le chameau mais ne laisse pas passer le moustique³² ? Les contre-pouvoirs au pouvoir du Parlement sont ainsi d'intensité variable car le Parlement est un pouvoir qui dispose d'une légitimité importante en tant qu'élu de la nation. Mais dans une logique de système le Parlement est aussi contre-pouvoir.

³¹ Lors des cohabitations de 1986 à 1988 et de 1993 à 1995, la majorité sénatoriale est, elle-aussi, opposée au Président de la République. Lors de la cohabitation de 1997 à 2002, au contraire, elle reste favorable au Président.

³² Jean RIVERO, « A propos de la loi Sécurité et Liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau », *AJDA*, 1981, pp. 275-277.

Toutefois, mériter ce qualificatif est moins évident au regard des éléments constitutifs d'un contre-pouvoir énoncés par Slobodan Milacic et Fabrice Hourquebie.

II. LE PARLEMENT, PARTIELLEMENT CONTRE-POUVOIR

La faiblesse du Parlement, le « déclin » qu'il aurait connu dès 1958, amplifié par les réformes de 1962 et de 2000³³, aboutit à ce que certains observateurs de la vie politique et institutionnelle ne voient plus dans le Parlement qu'un contre-pouvoir³⁴. Parfois même, il lui est dénié le rôle de contre-pouvoir, non par nature, mais du fait de sa faiblesse qui le rendrait quasi transparent³⁵. Il s'agit, selon nous, d'une méprise, d'une incompréhension de la nature profonde du parlementarisme. Comme évoqué ci-dessus, la majorité parlementaire est fondamentalement liée au Gouvernement, ce dernier en étant une forme d'émanation, même dans le système de la V^e République où le Président de la République dispose pourtant d'une large liberté quant au choix du Premier ministre qui dirigera l'action du Gouvernement. Il existe une « symbiose politique »³⁶ entre le Gouvernement et la majorité. La majorité parlementaire n'est donc, par nature, ni un contre-pouvoir au Gouvernement, ni, en période de concordance des majorités, un contre-pouvoir au Président de la République qui en est le véritable chef.

En outre, cette vision aboutit à dénier une réalité, celle de l'influence de la majorité parlementaire sur l'écriture des lois qui mettront en œuvre la politique gouvernementale. Si la loi est globalement l'œuvre du Gouvernement comme le relève Pascal Jan³⁷, le Parlement et au premier chef la majorité parlementaire, parvient souvent à obtenir des inflexions par rapport au projet initial et parfois même ce projet initial est-il le résultat d'une

³³ Respectivement l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et le quinquennat présidentiel.

³⁴ « De manière plus réaliste, la majorité parlementaire constitue un contre-pouvoir au sein du pouvoir dominé par le président de la République et le gouvernement » : Beligh NABLI, « L'opposition parlementaire un contre-pouvoir politique saisi par le droit », *Pouvoirs*, n° 133, 2010, p. 131.

³⁵ Ainsi Jean-Baptiste de Montvallan, journaliste au journal *Le Monde*, considère-t-il que sous la V^e République il y a une « absence de contre-pouvoirs, notamment la faiblesse du Parlement ». *Le Monde*, 21 avril 2017. https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/04/21/la-faiblesse-relative-des-contre-pouvoirs-est-une-des-caracteristiques-de-notre-democratie_5115301_4854003.html

³⁶ Arnel LE DIVELECC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 133.

³⁷ Pascal JAN, « Les séparations du Pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Montchrestien*, 2008, p. 258.

négociation en amont entre les députés de la majorité et l'Exécutif. Comme le relève Pierre Avril, le Parlement « reste un organe de contrôle qui consent, modifie, interroge : même si elle se traduit le plus souvent par l'amendement ou l'ajournement, sa "*faculté d'empêcher*" s'est suffisamment manifestée dans le détail de la législation (et parfois plus globalement) pour qu'on ne la sous-estime pas dans l'inventaire des limites à la prépondérance présidentielle »³⁸. Et ce constat est encore plus fort depuis juin 2022 que le Gouvernement ne dispose que d'une majorité relative : il doit encore davantage écouter sa majorité pour faire le plein de voix sur ses projets et doit même négocier avec l'opposition.

Ainsi, réduire le Parlement à un contre-pouvoir, qui plus est défaillant, est-il doublement inexact. La majorité parlementaire est avant tout pouvoir et l'absence de transparence dans les négociations entre majorité et Gouvernement ne permet pas de l'identifier comme un contre-pouvoir.

En revanche, il existe au sein du Parlement des acteurs qui remplissent intrinsèquement une fonction de contre-pouvoir et qui sont aisément identifiés comme tels : les membres de l'opposition parlementaire (A). En outre, le Sénat peut parfois remplir cette fonction, même si cela dépend largement des circonstances politiques (B).

A. – *L'opposition parlementaire un contre-pouvoir actif à l'efficacité limitée*

L'opposition parlementaire est essentielle au fonctionnement de la démocratie, surtout lorsque cette démocratie repose sur un fonctionnement majoritaire. Le lien indéfectible entre le Gouvernement et la majorité parlementaire rend essentiel la reconnaissance de l'opposition et de ses droits afin que demeure un véritable contrôle sur l'action gouvernementale. Comme le relève Pascal Jan, la démocratie repose aussi « sur la reconnaissance de la minorité politique et son encouragement à exercer une veille critique et constructive de l'action gouvernementale soutenue par une majorité parlementaire »³⁹. Dans un pays comme la France où la recherche de consensus de fait pas partie de l'ADN du système, il est illusoire de compter sur la modération de la majorité, sur son autolimitation, afin de concilier ses points de vue avec ceux de l'opposition. Dans ces conditions, il est nécessaire que le droit protège l'opposition afin qu'elle puisse constituer un véritable contre-pouvoir à celui de la majorité parlementaire et de l'Exécutif.

³⁸ Pierre AVRIL, « Les contre-pouvoirs institutionnels », *Projet*, n° 150, décembre 1980, p. 1192.

³⁹ Pascal JAN, *ibid.*

Ainsi, « la place concrète de l'opposition dépend largement des moyens concrets mis à sa disposition par le droit »⁴⁰. C'est cette ingénierie qu'il convient d'étudier pour évaluer à quel point l'opposition peut, en France, jouer le rôle de contre-pouvoir.

Les règles de financement des partis politiques et des campagnes électorales peuvent être jugées socialement et économiquement discriminantes en ce qu'elles accordent des déductions fiscales aux donateurs privés qui ne sont pas incitatives pour ceux ne payant pas d'impôt⁴¹, mais elles concourent néanmoins, à assurer à un grand nombre de groupements politiques un financement largement ouvert, y compris à de petites formations politiques, et généreux⁴². En outre, l'instauration de plafonds de dépenses à respecter pour le financement des campagnes électorales contribue à assainir la vie politique française et assure une concurrence loyale et équilibrée entre les candidats. Ajoutons que les groupes parlementaires, lesquels rassemblent par affinité politique au moins 15 députés ou au moins 10 sénateurs, bénéficient également de financements accordés par les assemblées. Ces financements, en plus du financement individuel à travers l'indemnité parlementaire et les diverses enveloppes budgétaires pour rémunérer des collaborateurs, s'équiper en matériel informatique, *etc*, permettent aux formations politiques et aux parlementaires de l'opposition de disposer des moyens matériels d'assurer leurs missions.

Ils bénéficient également de larges moyens de s'exprimer librement, qu'il s'agisse de l'irresponsabilité parlementaire garantie par le 1^{er} alinéa de l'article 26 de la Constitution, des règles de temps de parole dans les médias à l'occasion des campagnes électorales dont le respect est assuré sous le contrôle vigilant d'une autorité administrative indépendante⁴³, des possibilités d'intervention au Parlement pour y défendre leurs idées ou leurs amendements ou encore d'une répartition du temps de question aux ministres qui leur est favorable⁴⁴. Certes ces temps de parole font l'objet d'un encadrement afin d'éviter de longs monologues qui pourraient bloquer le

⁴⁰ Armel LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 139.

⁴¹ En ce sens, V. Julia CAGÉ, *Le prix de la démocratie*, Gallimard, 2019.

⁴² Sous réserve du respect de règles comptables, en France métropolitaine, un financement public est attribué aux partis dont au moins 50 candidats, au sein des 577 circonscriptions françaises, obtiennent un score au moins égal à 1% des suffrages exprimés lors des élections législatives. Si ces formations politiques disposent d'élus au sein des deux assemblées parlementaires, elles ont droit à une autre fraction de ce financement public. Pour la répartition de l'aide publique aux partis politiques en 2022, voir Décret n° 2022-94 du 31 janvier 2022.

⁴³ Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel remplacé depuis le 1^{er} janvier 2022 par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM).

⁴⁴ A l'Assemblée nationale, deux tiers des questions au Gouvernement le mardi après-midi sont posées par l'opposition. Depuis octobre 2022, lors des séances de questions orales sans débat, c'est à peu près la même proportion qui prévaut.

fonctionnement du Parlement, mais, d'une part, ces limitations concernent aussi les parlementaires de la majorité, et, d'autre part, elles ne peuvent être si drastiques qu'elles priveraient d'effet « les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »⁴⁵.

L'opposition dispose aussi de moyens pour contrôler l'action du Gouvernement et de la majorité qui le soutient. Outre les questions posées oralement précédemment évoquées, les parlementaires français peuvent poser aisément des questions écrites, disposent d'un droit de tirage permettant à chaque groupe d'opposition ainsi qu'à chaque groupe minoritaire, une fois par session, d'obtenir de droit la mise en place d'une commission d'enquête ou d'une mission d'information sur un sujet qu'ils ont choisi. De manière certes plus restrictive, ils peuvent, à condition de rassembler au moins 58 signataires, déposer une motion de censure contre le Gouvernement, ou, à condition de réunir au moins 60 signatures, saisir le Conseil constitutionnel avant la promulgation d'une loi.

Enfin, la représentation de l'opposition dans les organes dirigeants des assemblées ou de leurs commissions (la présidence de la commission des Finances de chaque assemblée est assurée par un parlementaire appartenant à un groupe d'opposition ; les bureaux des assemblées ou des commissions ouvrent leur composition à l'opposition ; les présidents des groupes d'opposition font partie de la Conférence des présidents...) assure que, dans le quotidien du travail parlementaire, l'opposition puisse exercer un contrôle rigoureux : missions d'information des commissions, rapports spéciaux sur le projet de loi de finances de l'année, *etc.*

Ainsi, l'opposition parlementaire peut-elle constituer un véritable contre-pouvoir. Toutefois, son efficacité sera nécessairement limitée en raison de l'existence du fait majoritaire qui risque d'aboutir à ce que ses propositions soient rejetées, ses rapports contestés et non rendus publics. Ainsi s'agit-il pour elle de manier la critique avec justesse afin de ne pas subir le contre-feu de la majorité et de savoir s'appuyer sur la résonance médiatique de ses travaux et activités pour être un contre-pouvoir plus efficace.

C'est largement ce qu'a su faire le Sénat ces dernières années.

⁴⁵ Cons. const., 785 DC, 4 juillet 2019. Sur cette question de l'encadrement des temps de parole des parlementaires, voir Gilles TOULEMONDE, « Le Parlement français dans les réformes et projets de réformes institutionnelles de 2019. Entre temps choisi et temps subi », in *Mélanges offerts à Philippe Lauvaux*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, pp. 989-1007 ; « フランスにおける 2019 年の議会制度改革と改革案 — 議会が自ら選択した時間と議会に対して押しつけられた時間 », *Hokuga*, 30 juin 2020, pp. 59-71.

B. – *Le Sénat, un contre-pouvoir efficace mais à temps partiel*

L'idée même du bicamérisme, dans un État unitaire comme la France, est celle du contre-pouvoir : la seconde chambre sert à tempérer les volontés, voire les excès, de la première⁴⁶. Mais en outre, dès les débuts de la V^e République, le Sénat a marqué sa singularité en s'imposant comme un contre-pouvoir au pouvoir gaullien. Son président, à deux reprises, s'est signalé en saisissant le Conseil constitutionnel, à une époque où l'opposition ne disposait pas encore de ce pouvoir, pour contester la constitutionnalité, d'une part, de la procédure employée pour réviser la Constitution malgré l'opposition à cette réforme des deux assemblées⁴⁷, et, d'autre part, d'une loi, adoptée par la majorité, qui lui semblait violer les droits fondamentaux⁴⁸.

Comme le relève Pierre Avril, « jusqu'en 1974, le Sénat était le seul pouvoir public qui échappait à l'hégémonie gaulliste et il a tiré de cette situation minoritaire mais autonome une vocation inattendue de contestation »⁴⁹. Il a d'ailleurs mis sur pieds la première commission de contrôle de la V^e République en 1960⁵⁰ et la première commission d'enquête en 1970⁵¹. Par leur capacité à auditionner toutes les personnes qu'elles jugent utiles à leurs travaux et par le pouvoir d'enquêter sur pièces et sur place dont dispose leurs rapporteurs, ces commissions d'enquête exercent pleinement une activité de contrôle. Le fait que ces commissions puissent être créées par droit de tirage des groupes d'opposition et que leur rapporteur soit alors un membre de l'opposition contribuent à ce que ces commissions d'enquête soient devenues un instrument majeur du contrôle parlementaire. La publicité de leurs travaux parachève cette évolution. Mais il existe concernant les commissions d'enquête du Sénat une double particularité qui renforce le rôle de contre-pouvoir du Sénat. D'abord, c'est que le Sénat a développé une culture du contrôle depuis les premiers moments de la V^e République dans la mesure où elle permet de mieux légitimer sa propre existence ; il a par exemple développé un contrôle de l'application des lois bien plus aigu que celui de l'Assemblée nationale. Ensuite car, au Sénat, le groupe majoritaire dispose lui-aussi du droit de tirage, ce qui permet à ce groupe majoritaire

⁴⁶ En ce sens, voir par ex. Pascal JAN, « Le Sénat, une assemblée controversée », *Cahiers français*, n° 332, p. 58.

⁴⁷ Cons. const., 20 DC, 6 novembre 1962.

⁴⁸ Cons. const., 44 DC, 16 juillet 1971.

⁴⁹ Pierre AVRIL, « Les contre-pouvoirs institutionnels », *Projet*, n° 150, décembre 1980, p. 1192.

⁵⁰ Jusqu'en 1991, on distinguait les commissions de contrôle, chargées de réunir des éléments d'information sur la gestion des services publics et des entreprises nationales, et les commissions d'enquête chargées de réunir des éléments d'information sur des faits déterminés. Depuis 1991, les commissions d'enquête réunissent les compétences des deux structures antérieures.

⁵¹ Commission d'enquête sur les abattoirs de La Villette.

d'obtenir sans formalités, et donc plus aisément encore que s'il avait fallu voter une résolution en ce sens, la création d'une commission d'enquête. Or, cette majorité sénatoriale n'est pas nécessairement en accord avec la majorité de l'Assemblée nationale.

L'élection indirecte du Sénat, la composition du collège électoral sénatorial, le renouvellement partiel et non intégral du Sénat, le mode de scrutin utilisé... aboutissent à ce que le Sénat ait une composition très différente de l'Assemblée nationale. Cela peut alors permettre à l'opposition politique de dominer le Sénat, d'y être majoritaire. Dans cette hypothèse, la majeure partie des organes sénatoriaux est tenue par les membres de l'opposition au Gouvernement, les rapporteurs sur les projets de lois du Premier ministre sont désignés parmi les sénateurs de l'opposition, l'ordre du jour du Sénat est davantage décidé par l'opposition, *etc.* Bref, le Sénat est placé dans une sorte d'opposition institutionnelle et non plus seulement politique. Ce faisant, il se comporte comme un contre-pouvoir⁵² et est bien identifié comme tel par les citoyens et les acteurs du système. Le bénéficiaire est double pour le Sénat : se comporter comme un contre-pouvoir permet de légitimer son existence et sert en même temps son ambition politique.

Cependant, il faut bien admettre que ce contre-pouvoir s'éteint parfois totalement. Même si la majorité sénatoriale a correspondu à la majorité législative entre juin 2012 et septembre 2014 dans un contexte où la gauche était majoritaire au sein des deux chambres, c'est plutôt la droite parlementaire qui a bénéficié de cette double majorité parlementaire. Guy Carcassonne considérait en effet que « quand la gauche perdait, elle perdait tout ; quand la droite perdait tout, elle gardait le Sénat »⁵³. En effet, le mode d'élection et le mode de scrutin sénatorial donnent un avantage à la droite parlementaire si bien que le Sénat comporte une majorité de droite durant toute la V^e République à l'exception de la période s'étendant entre septembre 2011 et septembre 2014. Or, de 1974 à 1981, de 1986 à 1988, puis de 1993 à 2011, la majorité sénatoriale a été le reflet de la majorité législative. Le Sénat a-t-il alors été un contre-pouvoir ? Loin s'en faut !

De 1974 à 1981, seules deux commissions d'enquête ont été créées au Sénat alors qu'il en a créées quatre ainsi que sept commissions de contrôle entre 1981 et 1986. Le Sénat a même parfois renoncé purement et simplement à exercer son rôle législatif afin d'accélérer à outrance le vote d'une loi voulue par la majorité, comme en 1995 lorsqu'il vota une « question préalable

⁵² Voir par exemple : Denis BARANGER, « L'affaire Benalla et la Constitution : le Sénat organe de contrôle politique de l'Exécutif », JP Blog, 23 septembre 2018. <https://blog.juspoliticum.com/2018/09/23/laffaire-benalla-et-la-constitution-le-senat-organe-de-contrôle-politique-de-lexécutif/>

⁵³ Guy CARCASSONNE et Marc GUILLAUME, *La Constitution*, Le Seuil, coll. « Points », 15^e éd., 2019, p. 149.

positive » sur la loi autorisant le Gouvernement à agir par voie d'ordonnances pour réformer la sécurité sociale⁵⁴ ou de 1986 à 1988 où il utilisa la même motion de procédure à quatre reprises sur des projets de loi sur lesquels le Gouvernement avait engagé sa responsabilité à l'Assemblée nationale par la voie de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution et sur lesquels la procédure d'urgence était engagée⁵⁵ ! Ainsi, qualifier le Sénat de contre-pouvoir peut-il paraître excessif. Pierre Avril va même plus loin : « il n'est pas judicieux de le qualifier, comme le font parfois les meilleurs auteurs, de *contre-pouvoir* : ce terme ne saurait convenir à une assemblée parlementaire qui, représentant la Nation, légifère et contrôle en son nom quelle que soit l'orientation politique de la majorité »⁵⁶. Sans aller aussi loin que l'éminent auteur, à tout le moins peut-on considérer que le Sénat n'est un contre-pouvoir qu'à temps partiel ou de manière épisodique, lorsque les majorités à l'Assemblée nationale et en son sein ne coïncident pas.

Ainsi, le Parlement français est avant tout un pouvoir. Donnant sa confiance à un Gouvernement qui partage ses options politiques et soutenant le plus souvent l'action du Président de la République, il peut apparaître instrumentalisé, voire soumis, si bien que le constat dressé par nombre de commentateurs est qu'il s'agit d'un pouvoir dégradé. Pourtant, il œuvre souvent dans l'ombre pour bouger les lignes de la législation voulue par l'Exécutif. Mais le Parlement semble avoir perdu la bataille de l'opinion publique, qui ne voit en lui que les moments de défaite momentanée de la majorité, comme lorsqu'en janvier 2022 le passe vaccinal souhaité par le Gouvernement a pu faire l'objet d'un vote négatif du fait de l'absence de nombreux députés de la majorité. Cela tient à plusieurs explications. D'abord, à ce que les dysfonctionnements occasionnels fassent davantage l'actualité que le fonctionnement ordinairement bien réglé du Parlement. Cela tient aussi à l'éclat des décisions prises par les contre-pouvoirs du Parlement : le retentissement d'une censure par le Conseil constitutionnel d'une loi emblématique ou d'un blocage de l'action de la majorité par un Président de la République lors d'une cohabitation sera toujours plus important que la manifestation d'un pouvoir parlementaire, lequel sera d'ailleurs souvent davantage porté au crédit du Gouvernement qu'à celui de la majorité à l'Assemblée nationale. Cependant, les contre-pouvoirs existant au sein du Parlement français, le Sénat et l'opposition, montrent la voie à suivre pour redorer le blason du Parlement. En évaluant avec rigueur les politiques publiques menées par le Gouvernement et en communiquant largement sur

⁵⁴ Voir Cons. const., 370 DC, 30 décembre 1995.

⁵⁵ Vincent BOYER, « Le Sénat ; contre-pouvoir au bloc majoritaire », *RFDC*, 2011, p. 53.

⁵⁶ Pierre AVRIL, « Une heureuse anomalie : le Sénat », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Héryn*, Mare et Martin, 2020, p. 34.

cette rigueur, comme le fait le Sénat, y compris en surjouant un peu ce rôle pour lui donner plus d'éclat médiatique, le Parlement dans son ensemble et non plus seulement le Sénat, parviendrait à regagner la bataille de l'opinion. Comme l'écrivait le député Paul Lambin dès 1939 à propos du Parlement : « Il peut beaucoup, il peut tout. Mais il lui faut vouloir »⁵⁷.

⁵⁷Cité par LAMBIN, Paul, *Pour une réforme profonde du Parlement et une démocratie réelle*, sl. : La pensée universelle, 1972, p. 96.

PARLEMENT ET CONTRE-POUVOIRS EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

Céline VINTZEL *

Traiter d'un sujet contenant le terme contre-pouvoir(s) est un exercice délicat pour les juristes français, tant ce terme est encore « tabou » dans notre culture scientifique¹. Il l'est encore plus lorsqu'il s'agit de le mettre en lien avec le mot « Parlement ». Si l'on s'en tient aux idées émises par Jean-Jacques Rousseau et à sa conception de la loi expression de la volonté générale², il n'existe ou il ne devrait exister qu'un pouvoir, sans contre-pouvoir, le pouvoir législatif, détenu par le peuple et délégué dans nos démocraties modernes au Parlement. A ce sujet, les interprétations des écrits de Montesquieu et, plus précisément, de son célèbre chapitre sur la Constitution d'Angleterre sont plus diverses³. Traditionnellement, celles-ci mettent l'accent sur les trois puissances exerçant la fonction confiée à chacune sur le fondement d'une délégation de souveraineté⁴ que sont la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger, sans faire aucunement référence à des contre-pouvoirs. Selon le courant doctrinal dominant, la puissance législative est la puissance principale puisque la puissance exécutive exécute les lois et

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne. L'article a été dirigé par Céline VINTZEL et en partie rédigé par elle (pour les passages autres que ceux rédigés par les autres contributeurs). Les passages sur l'opposition et les mécanismes de démocratie semi-directe ont été écrits par Alexis FOURMONT. Basile RIDARD a écrit les passages sur la crise sanitaire. Souleymane NDOUR s'est chargé de la juridiction constitutionnelle comme contre-pouvoir du Parlement. Yacine SEJARI a écrit les développements sur la juridiction constitutionnelle comme contre-pouvoir du Gouvernement dans ses rapports avec le Parlement.

¹ Comme l'explique Fabrice Hourquebie dans son ouvrage *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, en France, le contre-pouvoir apparaît comme l'ennemi intérieur. Bruxelles, Bruyant, 2004, p. 8.

² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 2011.

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois* 1, livre XI, chapitre VI, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, pp. 294-304.

⁴ Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence...*, p. 25.

que le juge est seulement considéré comme la « bouche qui prononce les paroles de la loi »⁵⁶. Ainsi, traditionnellement en France, ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir « judiciaire » (ou, pour adopter un adjectif plus moderne et plus englobant « juridictionnel »), ni encore moins le pouvoir législatif ne peuvent être considérés comme des contre-pouvoirs, puisqu'ils sont, au moins, des « puissances » originaires exerçant chacune une des trois fonctions de l'État et, au plus, dans le cas du pouvoir législatif, une puissance absolue sans contre-pouvoirs. Cependant, la doctrine minoritaire voit déjà dans le texte de Montesquieu la référence implicite aux contre-pouvoirs et le replace dans la perspective contemporaine de la protection de l'État de droit. Ainsi, selon Fabrice Hourquebie, il convient de définir le contre-pouvoir de manière très large comme « celui qui, dans le système, de par sa fonction dans le rapport de force, est le garant de la modération du pouvoir dominant »⁷. Dans cette perspective, chaque pouvoir, y compris celui détenu par le Parlement, globalement ou dans ses composantes, est lui-même le contre-pouvoir d'un autre pouvoir et est soumis à des contre-pouvoirs (notamment, mais pas exclusivement d'autres pouvoirs). Il en résulte le fait que, dans un système parlementaire, les contre-pouvoirs foisonnent, qu'il s'agisse notamment de l'opposition parlementaire, de la Chambre haute, du peuple (mécanismes de démocratie semi-directe, groupes de pression) ou de la juridiction constitutionnelle.

Ainsi défini le terme de « contre-pouvoirs » a l'avantage de permettre de mener une étude exhaustive sur le sujet « Parlement et contre-pouvoirs en France et en Allemagne », c'est-à-dire d'étudier, dans chacun de ces deux pays, les influences réciproques à l'intérieur du système englobant le Parlement et gravitant autour de lui. En étudiant, dans une perspective comparée, le Parlement et ses composantes comme contre-pouvoirs (I) et les contre-pouvoirs du Parlement (II), nous pourrions déterminer qui, du Parlement français ou allemand, a le plus de pouvoir.

I. LE PARLEMENT COMME CONTRE-POUVOIR

Étudier le Parlement comme contre-pouvoir nécessite dans un premier temps de l'analyser comme institution différente du gouvernement (A). Ensuite, il convient d'appréhender celles de ses composantes qui modèrent la majorité parlementaire (B).

⁵ Montesquieu, *De l'esprit...*, p.301.

⁶ L. Favoreu, P. Gaïa, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 24^e éd. 2022, p. 350.

⁷ *Sur l'émergence...*, p. 69.

A. – *Le Parlement en tant qu'institution différente du gouvernement*

Il est pertinent d'étudier le sujet eu égard aux deux fonctions traditionnelles du Parlement : la fonction législative (1) et la fonction de contrôle (2).

1. *Dans la fonction législative*

Le Parlement est le seul détenteur du pouvoir législatif, entendu comme concept normatif. En effet, ledit pouvoir appartient à l'autorité dont la volonté est à la fois nécessaire et suffisante pour édicter une règle législative⁸. Mais, dans les faits, le Parlement est relégué au rang de contre-pouvoir du gouvernement qui, autant en Allemagne qu'en France, est l'auteur principal des lois. Après avoir porté notre attention sur les commissions, entités qui déterminent le degré d'institutionnalisation du Parlement et son aptitude à être un contre-pouvoir du gouvernement, nous nous pencherons sur l'époque particulière que vivent les Parlements français et allemand du fait de la crise liée à l'épidémie de covid 19.

En ce qui concerne le système de commissions législatives au sein de l'Assemblée nationale et du Bundestag, la différence est minime, surtout depuis la révision constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République de 2008⁹. En effet, ledit système est puissant. Cependant, celui du Bundestag se trouve dans une position légèrement privilégiée par rapport à celui de l'Assemblée nationale. Certes, si l'on examine l'inclinaison organique des corps législatifs, c'est-à-dire la place des commissions face à l'assemblée plénière en phase préparatoire (premier critère choisi pour classer les Parlements en fonction de leur aptitude à l'autonomie par rapport au Gouvernement), l'avantage revient à l'Assemblée nationale qui est une *committee-oriented legislature* alors que le Bundestag est une *neutral legislature*. La raison principale en est que la phase de préparation s'effectue totalement en commission en France, alors qu'en Allemagne, le *plenum* participe également à cette étape. Si l'on se penche sur le deuxième critère permettant de comparer les deux Chambres basses en tant que contre-pouvoirs du gouvernement, à savoir les ressources de préservation du texte gouvernemental en commission, on peut conclure à une similitude depuis la révision constitutionnelle de 2008, notamment du fait que les commissions françaises réécrivent désormais, comme leurs homologues d'outre-Rhin, le

⁸ P. Birnbaum, F. Hamon, M. Troper, *Réinventer le Parlement*, Paris, Flammarion, 1977, p. 111.

⁹ Pour l'ensemble de la question, cf. C. Vintzel, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée. Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 253-475 et 729-743.

projet de loi déposé par le gouvernement. C'est le troisième critère adopté, relatif aux modalités d'organisation des commissions, qui permet de départager le Bundestag et l'Assemblée nationale. À cet égard, la règle de la proportionnalité dans l'attribution des postes clefs des commissions en Allemagne est un paramètre majeur à prendre en compte pour le développement du *committee spirit*. En France, la majorité dispose toujours de la plupart des fonctions importantes, ce qui va dans le sens du *party spirit* en commission.

Au cours de la crise sanitaire, les parlements allemands et français ont, d'une part, été contraints d'adapter leur fonctionnement, ce qui s'est avéré plus aisé outre-Rhin. Des moyens de visioconférence avaient en effet déjà été mobilisés par le passé pour des réunions de groupes¹⁰. Le Bundestag a simplement développé davantage ce dispositif, alors qu'à l'Assemblée nationale, la nouveauté était totale, conduisant à quelques situations fâcheuses, liées au caractère instantané de la visioconférence¹¹. Le format hybride est devenu la norme pour de nombreuses réunions au sein des assemblées. Chaque groupe politique a ainsi déterminé les orateurs physiquement présents en séance plénière.

D'autre part, les assemblées ont été amenées à se dessaisir d'une partie de leurs compétences législatives au bénéfice de l'exécutif et ceci, à leur propre détriment. Cette évolution a toutefois été contrastée de part et d'autre du Rhin. Le 25 mars 2020, le Parlement allemand a modifié la loi relative à la protection contre les infections en accroissant les compétences du Ministère fédéral de la Santé en matière de développement, de production et de distribution de médicaments, ainsi qu'en matière de fonctionnement du système sanitaire et d'approvisionnement de la population¹². Des pouvoirs importants ont été accordés à l'exécutif, mais cette délégation est sans commune mesure avec celle accordée par le Parlement français. La loi du 23 mars 2020 visant à faire face à l'épidémie de Covid-19 prévoyait déjà une quarantaine d'habilitations du Gouvernement lui permettant d'agir par voie

¹⁰ P. Amthor, « Bundestag et parlementarisme allemand en temps d'exception », *JP Blog*, 9 septembre 2020.

¹¹ Tel a été le cas au Parlement français d'un député, participant à une réunion en commission directement depuis sa voiture, ou encore d'une sénatrice, qui n'a pu débiter son intervention qu'après plusieurs tentatives de connexion infructueuses, non sans avoir laissé échapper quelques mots déplacés qu'elle pensait inaudibles.

¹² A. Fourmont et B. Ridard, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », *Question d'Europe*, Fondation Robert Schuman, n° 558, mai 2020, p. 4 et s.

d'ordonnances et le recours à ce moyen a été particulièrement important pendant plusieurs mois¹³.

2. Dans la fonction de contrôle

Si l'on considère, comme certains auteurs, que le contre-pouvoir se limite à une fonction de contrôle sans pouvoir décisionnaire¹⁴, l'activité de surveillance du gouvernement par le Parlement en est l'exemple type. Comme dans le point précédent, il est intéressant d'étudier la situation générale et la situation particulière liée au covid-19.

Contrairement à la fonction législative, la fonction de contrôle exercée par l'Assemblée nationale et le Bundestag fait l'objet de très peu d'études comparatives. Cependant, quels que soient les critères choisis, le Bundestag semble être un contre-pouvoir plus important du gouvernement que l'Assemblée nationale. Cela est valable aussi bien si l'on se penche sur les modalités générales du contrôle que sur chacun des domaines dans lesquels il s'exerce. Ainsi, en Allemagne, ce qu'Armel le Divellec appelle le contrôle de co-décision, défini comme celui permettant d'orienter *a priori* l'action du gouvernement¹⁵, est plus développé qu'en France. Certes, depuis la révision constitutionnelle de 2008, l'Assemblée nationale peut, comme le Bundestag, adopter des résolutions parlementaires à finalités politiques. Mais le Bundestag dispose de davantage de techniques permettant au contrôle parlementaire d'être « anticipé », comme celle dite du blocage des crédits qui permet de subordonner l'ouverture de crédits accordés dans la loi de finances à la réalisation de certaines conditions préalables. Les études disponibles portant sur les différents domaines du contrôle parlementaire concluent également à un avantage global du Bundestag par rapport à l'Assemblée nationale. Il en est par exemple ainsi en ce qui concerne la politique étrangère et de la défense, où l'Assemblée nationale n'est favorisée par rapport au Bundestag que sur un point : le type d'actes européens pour lequel le concours du Parlement est prévu¹⁶.

À l'occasion de la crise sanitaire, le Parlement français a prévu de renforcer spécifiquement sa fonction de contrôle de la gestion de la crise

¹³ J.-P. Derosier et G. Toulemonde, « Un Parlement sous assistance respiratoire », in E. Cartier, B. Ridard et G. Toulemonde, *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 55.

¹⁴ Voir à ce sujet Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence...*, p. 48.

¹⁵ À ce sujet, cf. *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, LGDJ, 2004, p. 309-310.

¹⁶ Sur l'ensemble de la question, C. Vintzel, « Le rôle des parlements nationaux dans la définition et le contrôle de la politique étrangère et de défense », in E. Lagrange, A. Hamman, J.-M. Sorel (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de Législation comparée, 2012, p. 129-148.

sanitaire en créant des instances *ad hoc*. La Conférence des présidents de l'Assemblée a ainsi décidé, dès le mois de mars 2020, de mettre en place une mission d'information, qui a auditionné les principaux membres du Gouvernement impliqués dans la gestion de la crise ou encore le président du conseil scientifique. Les ambitions initialement affichées ont toutefois été loin d'avoir été satisfaites car, pendant plus de deux mois, cette mission ne disposait pas des pouvoirs d'une commission d'enquête. Pour sa part, le Bundestag n'a pas envisagé de mécanisme particulier de contrôle, ce qui peut poser question étant donné les atteintes susceptibles d'être portées à certains droits et libertés dans le cadre d'une telle situation de crise. Cette absence de contrôle renforcé s'explique en partie par la composition politique du Bundestag, dont une très large majorité des membres soutenait la « grande coalition gouvernementale » formée par les partis conservateurs CDU-CSU et le parti social-démocrate SPD. À l'inverse, l'opposition parlementaire était alors très réduite, occupant moins d'un quart des sièges de l'hémicycle, alors même que son rôle est bien souvent central dans l'intensité du contrôle exercé.

Toutefois, les députés allemands ont continué à recourir aux instruments classiques du contrôle de l'action gouvernementale, en transmettant chaque semaine des questions écrites et orales au Gouvernement au sujet de la gestion de la crise sanitaire¹⁷. Il en a été de même en France, même si l'Assemblée a décidé de réduire le nombre de questions par séance posées au Gouvernement, avant de réduire le nombre de membres présents dans l'hémicycle à seulement un député par groupe. Ce mode de fonctionnement, qui n'a été appliqué que pendant quelques semaines au printemps 2020, ne représentait alors plus qu'une « parodie du contrôle parlementaire », comme l'ont très justement qualifié Jean-Philippe Derosier et Gilles Toulemonde¹⁸. Enfin, au Bundestag comme à l'Assemblée nationale, l'activité de contrôle a aussi été poursuivie dans le cadre des commissions parlementaires, sans être intensifiée et ceci malgré le caractère exceptionnel de la crise. Certaines commissions ont néanmoins été contraintes de bouleverser leur programme du jour au lendemain, en particulier celles compétentes dans les domaines économique et financier ou encore de la santé. Ces commissions, en particulier, ont consacré une part non négligeable de leurs travaux à échanger à propos des conséquences socio-économiques de la crise, à la fois à court terme et à long terme.

¹⁷ Dès le mois de mars 2020 certaines « petites questions » (*Kleiner Anfrage*) ont porté sur les sujets de santé. B. Ridard, « Le Parlement allemand : le cœur battant de la "démocratie combative" » in E. Cartier, B. Ridard et G. Toulemonde, *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 20.

¹⁸ J.-P. Derosier et G. Toulemonde, « Un Parlement sous assistance respiratoire », *op. cit.*, p. 57.

B. – *Les contre-pouvoirs à la majorité parlementaire*

Sont ici dignes d'attention : la Chambre haute quand elle n'est pas contrôlée par la majorité parlementaire (1) et l'opposition parlementaire (2).

1. *La Chambre haute*

Au sein du Parlement, il est important de se pencher sur le rôle de contre-pouvoir de la Chambre haute. La question est d'autant plus importante qu'une Chambre basse élue au suffrage universel n'a pas automatiquement une place juridiquement et *a priori* prépondérante dans la formation de la volonté de l'organe législatif¹⁹, ce qui fait que le contre-pouvoir politique de la majorité parlementaire, incarné par une Chambre haute qui se retrouverait dans l'opposition, peut, dans certains cas devenir un véritable pouvoir.

Ironie des subtilités des acceptions juridiques, l'organe qui, de manière comparative, a le plus de possibilités de contrer la Chambre basse dans sa fonction de « participation à la législation » (art. 50 LF) est aussi celui qui est considéré comme n'appartenant pas au Parlement (arrêt de la Cour constitutionnelle allemande BverfGE 37, 363, 380 du 25 juin 1974).

Qualifié de « puissance dure »²⁰ par Volker Bouffier, qui fut son Président en 2014-2015, le Bundesrat a plusieurs atouts par rapport au Sénat français. Tout d'abord, il a le privilège de la « prise de position » préalable sur les textes gouvernementaux avant leur transmission formelle au Bundestag (art. 76-II LF), alors qu'en France c'est en principe le gouvernement qui choisit la première assemblée qu'il saisit et les projets de loi ne sont soumis en premier lieu au Sénat que s'ils ont pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales (art. 39, 2 CF). Ensuite, et surtout, le Gouvernement français peut toujours donner le dernier mot à l'Assemblée nationale dans le cadre de la procédure législative ordinaire (art. 45, 4 CF). La situation est tout autre en Allemagne : de 1949 à 2021, 49% des lois ont requis l'approbation positive du Bundesrat²¹. Il s'agit de celles qui ont un contenu fédératif. Pour les autres, le Bundesrat dispose d'un veto suspensif. En vertu de l'article 77-4 LF, « si l'opposition est votée à la majorité des voix

¹⁹ En écho, *a contrario*, à la définition du contre-pouvoir donnée par Théodore Georgopoulos, *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, Paris, Dalloz, p. 177.

²⁰ Rapport, XVI^e Réunion de l'Association des Sénats d'Europe, « Pleins feux sur le Sénat. Conceptions modernes du fonctionnement du Sénat au sein d'un système parlementaire bicaméral », 21-22 May 2015, https://www.eerstekamer.nl/intern_stuk/20150826/rapport_xvie_reunion_de_lf=/vjwshdomd1ie.pdf, p. 4.

²¹ Bundesrat, « Statistik », <https://www.bundesrat.de/DE/dokumente/statistik/statistik-node.html>, site consulté le 10 mai 2022.

du Bundesrat, elle peut être levée par une délibération prise à la majorité des membres du Bundestag. Si le Bundesrat a voté l'opposition à une majorité des deux tiers au moins de ses voix, la levée de l'opposition par le Bundestag requiert une majorité des deux tiers et, au moins, la majorité des membres du Bundestag ». Ainsi, comme l'indique Armel Le Divellec, le « Bundesrat peut maintenir son veto absolu pour la moitié des textes législatifs, tandis que son veto suspensif peut éventuellement avoir un effet absolu *de facto*, s'il est adopté à la majorité des deux tiers »²². Dans le cas où l'opposition au Bundestag est majoritaire au Bundesrat, le pouvoir de celui-ci est si important qu'Adolf Kimmel parle de « cohabitation à l'allemande »²³. Enfin, le Bundesrat est associé aux négociations de l'Union européenne (art. 23 LF), contrairement au Sénat français.

2. L'opposition

L'opposition parlementaire remplit des fonctions de contrôle, de critique et d'alternative au Gouvernement et à sa majorité. S'agissant de son efficacité, elle dépend certes de son encadrement juridique, mais encore de multiples variables. La logique du parlementarisme joue un rôle décisif sur le « rendement » du fait oppositionnel. Positive et consensuelle en Allemagne, elle est tendanciellement négative et conflictuelle en France.

La législation étant l'œuvre du Gouvernement et de sa majorité, la contribution de l'opposition est limitée. Le penchant consensuel allemand et l'esprit de la rationalisation juridique de la procédure impliquent une étroite association de la majorité (en coulisses) à la production normative. S'agissant de la minorité opposante, elle concourt à la confection des lois de manière plus incidente. Plus constructive qu'en France, grâce notamment aux droits de la minorité, l'opposition allemande joint régulièrement ses suffrages à ceux de la majorité. Mais, à moins d'être consensuelles ou techniques, ses initiatives (directes et indirectes) n'ont guère de chances d'aboutir. Cependant, si l'opposition domine le Bundesrat, alors le cabinet et la majorité du Bundestag doivent ménager leurs concurrents, spécialement lorsque l'approbation des représentants des Länder est requise. La minorité opposante de la Diète est alors replacée au cœur de la fonction législative, tandis que les remontrances sénatoriales n'emportent pas de tels effets. Cela ne doit pas occulter la place centrale de l'opposition dans la délibération.

Ce dernier aspect se retrouve en France, quoique le Gouvernement bénéficie de plus larges ressources relevant du parlementarisme rationalisé. Bien plus autoritaire que son homologue allemand, il recourt volontiers à ces

²² *Le gouvernement...*, p. 510.

²³ « La cohabitation à l'allemande », *Pouvoirs* n° 84, janvier 1988, p. 177-189.

armes, ce qui lui assure la maîtrise du processus. Malgré tout, les propositions et amendements des oppositions n'ont pas tendance à décroître en raison de leur vocation d'affichage politique. Ce faisant, la minorité opposante s'efforce d'apparaître comme une alternative dans le cadre d'une campagne électorale permanente. Sa contribution à la fonction législative est résiduelle.

En matière de contrôle, l'action de l'opposition s'avère moins symbolique. Lorsqu'elles visent la sanction du Gouvernement, ses offensives sont ordinairement vouées à l'échec. Les logiques partisans et l'encadrement des procédures y concourent. S'agissant du contrôle de constitutionnalité, l'intérêt politique de l'opposition coïncide parfois avec l'intérêt juridique de l'ordre constitutionnel, tel que le juge le concrétise. Il arrive que les opposants parviennent à l'invalidation (totale ou partielle) des initiatives de leurs adversaires. Les possibilités de recours sont plus nombreuses outre-Rhin. À cet égard, elles concernent les normes, les litiges inter-organes, ainsi que les différends opposant le Bund et les Länder. Là encore, les pratiques sont discordantes : en dépit d'un riche répertoire, l'opposition allemande fait montre de retenue, tandis que l'opposition française y recourt fréquemment. Le droit est utilisé comme une ressource politique. Il s'agit d'un palliatif à sa faiblesse et au déséquilibre institutionnel affectant la Ve République.

En revanche, les oppositions pèsent davantage, lorsque le contrôle vise la recherche d'informations et l'évaluation. Les opposants siégeant au Bundestag disposent d'instruments souvent adaptés. Quoiqu'ils ne s'adressent pas officiellement aux concurrents du pouvoir établi, les droits de la minorité facilitent leurs entreprises. Toutefois, les limites de cette formule sont tangibles en période de grande coalition. Si des progrès ont été réalisés en France après 2008, la formule demeure perfectible.

À cet égard, l'atomisation de l'opposition en une poussière de groupes depuis 2017 tend à complexifier son office au sein des chambres françaises, quoique les oppositions coalisées aient eu raison de l'exécutif et de la majorité durant l'été 2018 : les 298 rappels au règlement effectués au Palais-Bourbon ont conduit au report de l'examen du projet de loi constitutionnelle et à une enquête sur l'affaire « Benalla ». La mainmise de la majorité ne s'est plus desserrée durant l'investigation, au point que les oppositions s'en sont retirées pour protester, mais le Sénat a pu poursuivre ses travaux. L'essor d'une culture du contrôle ne paraît possible que si l'opposition *et* la majorité y participent pleinement.

Ainsi, l'opposition parlementaire représente une limite politique et relative au pouvoir majoritaire et gouvernemental. Sa faculté de statuer est résiduelle, tandis que sa faculté d'empêcher s'avère plus tangible sans atteindre l'automatisme. Quelquefois, l'opposition parvient à retarder ses adversaires par le biais de l'obstruction, « guérilla » parlementaire. Elle s'apparente alors à une limite directe. Pourtant, elle est généralement

incapable de faire pièce au pouvoir sur le fondement de ses propres forces. Elle doit s'associer à d'autres institutions et opère comme une limite indirecte, un relais vers des contrôles externes, du type d'un tribunal constitutionnel ou d'une autre chambre.

II. LES CONTRE-POUVOIRS DU PARLEMENT

Les deux contre-pouvoirs du Parlement les plus significatifs sont le peuple (A) et la juridiction constitutionnelle (B).

A. – *Le peuple*

Le peuple peut venir modérer le pouvoir du Parlement de deux manières principales : à travers les mécanismes de démocratie semi-directe (1) et les groupes de pression (2).

1. *Les mécanismes de démocratie semi-directe*

Si la Constitution de la République de Weimar prévoyait, dans ses articles 73 à 76, à la fois et l'initiative populaire et le référendum en vue d'adopter des lois simples, des conceptions plébiscitaires se sont imposées dans les derniers temps du régime avant d'être instrumentalisées par le totalitarisme nazi. Ainsi, le référendum d'initiative exécutive tend à valoriser la cohésion censée exister entre le *Führer* et son peuple. C'est pourquoi le constituant a opté, en 1949, pour une démocratie ultra-représentative : désormais, aucun dispositif d'initiative populaire législative n'est prévu au niveau fédéral, quoiqu'il existe une consultation populaire en vue de procéder à une restructuration de l'organisation du territoire fédéral (article 29).

La situation est différente en France, où la Constitution de la Ve République, adoptée par référendum, prévoit trois mécanismes référendaires. Le référendum peut être constituant (article 89) et l'initiative revient en pratique essentiellement au chef de l'État. Cependant, à deux reprises, le Général de Gaulle a fait approuver directement par le peuple une révision constitutionnelle sans vote préalable du Parlement sur le fondement de l'article 11 : en effet, sur proposition du Gouvernement ou du Parlement, le Président de la République « peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le

fonctionnement des institutions ». En 1962 et 1969, le Gouvernement prétendit, de manière très controversée, que ce type de référendum pouvait être employé pour réviser la Constitution. Cette voie vise surtout des projets de loi ordinaire.

Depuis 2008, le référendum d'initiative partagée (article 11, alinéas 3-6) permet à un cinquième de parlementaires soutenus par 10 % du corps électoral de proposer un texte au Parlement qui pourrait aboutir à l'organisation d'un référendum. Contre toute attente, et malgré les retards dans l'adoption de la loi organique afférente (en 2013 !), une telle initiative a vu le jour juste avant l'adoption définitive de la loi Pacte le 11 avril 2019. La décision rendue par le Conseil constitutionnel a permis l'émergence d'une nouvelle forme de veto suspensif.

Si la présidence gaullienne s'est caractérisée par un césarisme démocratique avec des consultations référendaires en 1958, 1961, avril 1962, octobre 1962 et 1969, l'outil référendaire connaît une forme de déclin après cette phase d'installation de la Ve République. Depuis 2005, plus aucun référendum n'a été organisé. Outre cette marginalisation quantitative, c'est la dimension qualitative qui interpelle, puisqu'aucun chef de l'État (même néogaulliste) n'a plus engagé sa responsabilité à ces occasions.

Par-delà ces référendums nationaux, l'article 72-1 de la Constitution prévoit le référendum local, dont l'importance est restée très marginale. Outre-Rhin, les constitutions de tous les Länder prévoient un droit d'initiative populaire couplé avec la possibilité de provoquer un référendum. Un quorum d'électeurs peut porter une proposition de loi à l'attention du Parlement régional dans son domaine de compétences. Bien que le Parlement demeure libre de l'approuver ou de la rejeter, les citoyens ont la possibilité de provoquer la convocation d'un référendum pour contrer un rejet par le Parlement régional de leur proposition.

Outre la restriction au domaine législatif de la compétence des Länder, ces référendums ne peuvent porter sur la fiscalité ni le budget. Les cours constitutionnelles des Länder ont une appréciation variable de cette interdiction. Par ailleurs, certains Länder admettent une initiative populaire et la convocation d'un référendum non seulement sur un texte précis de proposition de loi, mais aussi de façon plus générale sur toute question pouvant faire l'objet d'une décision politique (Berlin, Brandebourg, Schleswig-Holstein).

Enfin, un certain nombre de Länder comme Berlin, le Bade-Wurtemberg, la Bavière, la Rhénanie-Palatinat ou la Rhénanie-du-Nord-Westphalie prévoient la possibilité de procéder à la dissolution du Parlement régional (*Landtag*) par référendum d'initiative populaire.

Ainsi la démocratie semi-directe s'avère-t-elle essentiellement décentralisée en Allemagne, tandis qu'elle s'exerce le plus souvent au niveau national en France.

2. *Les groupes de pression*

Suivant l'approche politiste, les groupes de pression sont les contre-pouvoirs par excellence. Ils sont d'ailleurs directement ou indirectement assimilés à ceux-là²⁴. Selon André Mathiot, « les “ *pressure groups* ” ont leur place en tant qu'organisations non officielles susceptibles de freiner les entraînements du pouvoir politique, d'accélérer son action, de réaliser un certain équilibre et d'amener à des solutions de compromis »²⁵.

L'analyse des *Pressure Groups* en France et en Allemagne aboutit à une conclusion limpide : alors que le Bundestag est, traditionnellement, l'une des assemblées en Europe où ceux-ci s'épanouissent le plus, l'Assemblée nationale est l'une de celles où les réticences sont les plus grandes à leur égard, même si la situation évolue en France depuis les années 2010.

En effet, jusqu'à il y a une dizaine d'années, les groupes de pression étaient considérés comme une menace pour la démocratie française. Cela est dû au fait que l'ouvrage *Du contrat social* de Jean-Jacques Rousseau, paru en 1762, imprègne, depuis deux siècles et demi, la culture et le droit juridique français. Comme l'indique l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « la loi est l'expression de la volonté générale ». Selon cette conception, des groupes d'intérêts particuliers ne peuvent en aucun cas être des contre-pouvoirs influençant l'auteur des lois. En Allemagne, ce que Peter J. Katzenstein appelle les « institutions parapubliques »²⁶ ont un rôle plus important et moins controversé. En effet, en ce qui concerne les *Interessengruppen*, ce pays se situe davantage dans la lignée de la conception anglo-saxonne selon laquelle la démocratie est fondée sur des groupes sociaux aptes à penser le bien public et l'intérêt général.

Le droit parlementaire allemand est ainsi plus favorable aux groupes de pression que le droit parlementaire français. Le Bundestag fut longtemps la seule Chambre basse des pays de l'Union européenne à s'être dotée, en 1972, d'une réglementation précise faisant l'objet d'une annexe au règlement intérieur précisant que les groupements (*Verbände*) souhaitant exprimer ou défendre leurs intérêts devant le Bundestag ou devant le gouvernement fédéral

²⁴ Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence...*, p. 57.

²⁵ « Les “ *pressure groups* ” aux États-Unis », *R.F.S.P.*, 1952, p. 367.

²⁶ *Policy and Politics in West Germany: The Growth of a Semisovereign State*, Philadelphia, Temple University Press, 1987, p. 15.

devaient être inscrits dans un registre²⁷. A l'Assemblée nationale, la création de ce registre date seulement de 2009. Aujourd'hui encore, les différences juridiques à propos des groupes de pression persistent entre les deux Assemblées. Il en est par exemple ainsi en ce qui concerne les auditions publiques en commission, qui permettent aux groupes de pression d'avoir un accès formel à la Chambre. En effet, au Bundestag, le droit de procéder, en commission saisie au fond, à des *Öffentliche Anhörungssitzungen* « d'experts, de représentants de groupements d'intérêts et autres personnes susceptibles de fournir des renseignements » appartient à la minorité, c'est-à-dire à un quart de ses membres (art. 70, 1 GOBT). A l'inverse, à l'Assemblée nationale, c'est la majorité qui dispose de ce droit d'auditionner toute « personne dont elle l'estime nécessaire », en vertu d'une loi du 14 juin 1996.

B. – *La juridiction constitutionnelle*

De nos jours, comme l'indique Michel Lévinet, le pouvoir juridictionnel constitutionnel « représente souvent le seul contrepoids possible à l'inévitable collusion législatif exécutif inhérente au parlementarisme majoritaire »²⁸. La juridiction constitutionnelle doit être analysée à la fois comme contre-pouvoir du Parlement (1) et comme contre-pouvoir du Gouvernement dans ses relations avec le Parlement (2), le second paramètre pouvant tempérer le premier.

1. *Le contre-pouvoir du Parlement*

L'installation des juridictions constitutionnelles en Allemagne et en France fait émerger l'idée de contre-pouvoir juridictionnel²⁹ : des juges de la loi³⁰ qui veillent minutieusement à toute excroissance des pouvoirs constitués, plus particulièrement le Parlement. Pour ce faire, il a fallu, par une montée en puissance, asseoir une solide légitimité. Le contrôle de constitutionnalité, articulé autour de certaines techniques jurisprudentielles, a permis aux juges constitutionnels de mieux endosser ce rôle. Leur performance a été renforcée par leurs pouvoirs décisionnaires, surtout quand ils agissent sur la procédure

²⁷ Voir à ce sujet, Parlement européen, Direction générale des études Document de travail, « La réglementation du lobbyisme et des intergroupes dans les Parlements nationaux des États membres », Données établies en 1998.

²⁸ M. Lévinet, « Pour des réformes autrement plus urgentes », *R.A.*, n° 318, 2000, p. 47.

²⁹ F. Hourquebie, *Sur l'émergence...*

³⁰ L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987.

législative, mais également par la portée des sanctions qu'ils prononcent contre les lois inconstitutionnelles.

Entre la juridiction de *Karlsruhe* et le Conseil constitutionnel français, il existe un contraste. Pour la première, dont la volonté est d'instaurer un véritable État de droit — *Reichsstaat* — les moyens de contrôle mettent l'accent sur une protection des droits fondamentaux, tandis que le second a été créé pour encadrer l'expression parlementaire. Malgré ces différences, la finalité d'être un contre-pouvoir du Parlement reste semblable. Quelle est alors la juridiction constitutionnelle qu'on peut désigner comme contre-pouvoir le plus puissant du Parlement ?

Parmi les techniques de contrôle qu'utilisent les deux juridictions constitutionnelles certaines permettent de mieux caractériser leur puissance en tant que contre-pouvoir. Il s'agit notamment de ce qu'il convient d'appeler, en Allemagne, la directive d'interprétation dont le pendant en droit français est la « *réserve d'interprétation directive* ».

D'une manière générale, cela renvoie au pouvoir d'injonction, de prescription ou d'interférence que le juge emploie pour corriger, réécrire une loi inconstitutionnelle ou qui viole un droit fondamental. Il contraint, par cette approche, le législateur à modifier la loi. Pour comprendre la puissance de la juridiction de *Karlsruhe* à l'aune de ce mécanisme, attardons-nous sur l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale. Aux termes de cette disposition, un droit fondamental ne doit pas être atteint dans sa substance. Dans sa décision du 25 février 1975, le juge allemand invalide la loi du *Bundestag* relative à l'*IVG* alors que son homologue français, pour un texte similaire, avait refusé la censure. Le juge allemand développe un compromis entre deux droits fondamentaux. Il estime qu'il faudrait consentir un sacrifice et en retenir le moins lourd. Il déclare : « *entre la liberté de la mère et la vie de l'enfant, et eu égard à l'idée fondamentale de l'art., il faut reconnaître la priorité à la vie de l'enfant* »³¹. On remarque l'injonction que le juge exerce sur le Parlement : une « *censure prescriptive* »³². Comme l'indique Michel Fromont, « *La Cour ne s'est pas contentée d'interdire au législateur de dépasser certaines limites ; elle lui a dicté la loi à adopter* »³³.

Le juge constitutionnel français n'a certes pas eu la même démarche que celui allemand sur le cas précité mais, selon Thierry Di Manno, il agit directement sur la substance normative de la loi afin de la mettre en harmonie avec les exigences constitutionnelles³⁴. La QPC est venue renouveler ce

³¹ Un revirement s'est produit mais nous voulons mettre en avant le pouvoir d'injonction. Voir son arrêt du 28 mai 1993.

³² 2 BvR909/06, 2 BvR1981/06, 2 BvR288/07.

³³ Voir RDP, 1977, p. 348.

³⁴ Voir Décision du 24 janvier 2017.

pouvoir. Il reste toutefois un contre-pouvoir, un censeur prudent³⁵ et compréhensif du Parlement³⁶, là où son homologue allemand s'érige en législateur de substitution. La juridiction de *Karlsruhe* est pour cette raison considérée comme un quatrième pouvoir à côté de l'exécutif, du législatif et du judiciaire.

Par ailleurs, l'autorité des décisions qui demeure un critère d'appréciation de la juridiction constitutionnelle comme contre-pouvoir est plus accentuée dans l'ordre juridique allemand. Elle dispose de plus de moyens que celui français pour imposer ses décisions — *Bindungskraft* — mais aussi pour « *manager* »³⁷ leurs applications.

Toutefois, cette situation est contrebalancée par le fait que la Cour constitutionnelle allemande est davantage la protectrice du Parlement dans ses relations avec le Gouvernement que le Conseil constitutionnel français.

2. Le contre-pouvoir du Gouvernement dans ses relations avec le Parlement

En France comme en Allemagne, les juges constitutionnels ont cherché à renforcer de manière active le rôle de contre-pouvoir des Parlements de leurs pays respectifs. La Cour constitutionnelle fédérale allemande (CCF) est devenue la « protectrice naturelle »³⁸ du Bundestag dans ses relations institutionnelles alors que le Conseil constitutionnel a joué un rôle beaucoup plus incident dans la protection des droits du Parlement français.

Pour ce qui a trait à la fonction législative, il est possible de noter une grande similarité entre les deux pays. Au début des années 1970, la CCF a cherché à renforcer le Bundestag dans sa fonction législative à travers ce que l'on a appelé la « théorie de l'essentiel » (*Wesentlichkeitstheorie*). C'est au Bundestag lui-même de prendre par une loi « toutes les décisions fondamentales qui concernent directement le citoyen »³⁹. Par sa jurisprudence de « l'incompétence négative », le Conseil constitutionnel adopte une solution similaire en sanctionnant le Parlement qui donnerait à l'autorité réglementaire le soin d'adopter des mesures qui relèvent du domaine de la loi protégé par l'article 34 de la Constitution⁴⁰. Ces deux figures

³⁵ C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant, 2006.

³⁶ Il déclare souvent n'avoir pas le même pouvoir d'appréciation que le législateur.

³⁷ O. Jouanjan, « Les effets dans le temps de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *NCCC*, n° 47, 2015.

³⁸ C. Vintzel, La Cour constitutionnelle allemande et le Bundestag, Parlement[s], *Revue d'histoire politique*, vol. 21, n°1, 2014, p. 108.

³⁹ BVerfGE 40, 237 (249) du 28 octobre 1975.

⁴⁰ Voir par exemple Cons. Const., n° 67-31 DC, 26 janvier 1967.

jurisprudentielles française et allemande illustrent un choix assumé des juges de protéger le législateur parlementaire, y compris contre lui-même.

Dans le domaine des affaires européennes et étrangères, il y a eu d'importantes décisions de la part de la CCF tandis que le Conseil Constitutionnel est resté beaucoup plus en retrait à ce sujet.

Pour ce qui concerne l'élaboration des traités européens, la CCF a développé la notion de responsabilité du Parlement pour l'intégration (Integrationsverantwortung)⁴¹. A ce titre, elle fait du Bundestag le seul dépositaire direct de la volonté du peuple allemand ce qui implique l'approbation obligatoire du Bundestag pour le transfert de nouvelles missions ou compétences à l'Union européenne. La CCF est également venue concrétiser de manière très favorable au Bundestag l'article 23, 3 relatif au concours du Bundestag aux actes normatifs de l'UE. Alors que LF ne prévoit en la matière qu'une possibilité de prise de position, la Cour va plus loin en imposant au Gouvernement fédéral de tenir compte de la volonté du Bundestag. En France, le Conseil constitutionnel a été beaucoup plus timide sur ce sujet et le renforcement des droits de participation du Parlement s'est surtout fait par la voie d'une révision de la Constitution formelle influencée partiellement par une décision du Conseil constitutionnel⁴².

En matière d'engagement des forces armées, la CCF a développé de manière spectaculaire une réserve du Parlement. En faisant presque œuvre constituante, elle pose une obligation pour le Gouvernement d'obtenir l'approbation constitutive du Bundestag avant tout engagement militaire à l'étranger⁴³. La situation est bien moins favorable pour le Parlement français et c'est une nouvelle fois une révision de la Constitution formelle – et non le juge – qui est venue encadrer juridiquement ce sujet. L'article 35 al 1 de la Constitution française tel qu'issu de la révision de 2008 n'exige une autorisation parlementaire que si l'engagement des forces armées excède quatre mois.

Il ne faut pas surestimer la place de la jurisprudence constitutionnelle dans le renforcement des Parlements. En effet, dans des systèmes parlementaires, le clivage pertinent n'est pas tant celui entre gouvernement et Parlement, mais bien plus celui entre la majorité gouvernementale et l'opposition parlementaire. Le renforcement des droits du Parlement n'a qu'un intérêt modéré pour les députés de la majorité parlementaire qui entretiennent, en principe, des relations informelles étroites avec le

⁴¹ BVerfGE 123, 267 (353 et s.) du 30 juin 2009.

⁴² Voir la Loi constitutionnelle n°2008-103 du 4 février 2008 adoptée à la suite de la décision Lisbonne du Conseil constitutionnel, n°2007-560 DC. Conseil constitutionnel, n°2007-560 DC, « Lisbonne ». La révision constitutionnelle de 2008 crée ainsi, par exemple, des commissions parlementaires pour les affaires européennes.

⁴³ BVerfGE 90, 286 (381 et s.) du 12 juillet 1994.

gouvernement. Par ailleurs, comme l'a très justement résumé un ancien Président de la CCF, les juges ne peuvent pas « contrôler ce que chaque député - qu'il soit membre du groupe gouvernemental ou de l'opposition - fait de ces pouvoirs [accordés par la Cour] dans la pratique. Le processus politique dépend ici aussi de conditions que la Constitution elle-même ne peut pas garantir »⁴⁴.

CONCLUSION

Globalement, en ce qui concerne le thème traité dans cet article, il est possible de noter davantage de dissemblances que de similitudes entre le Parlement français et son homologue allemand. Hors période de crise, le Parlement français semble, en tant qu'institution, être moins à même d'exercer une influence sur le Gouvernement que son homologue allemand, et ce aussi bien légèrement en ce qui concerne l'amendement des projets de loi que de manière plus nette lorsqu'il s'agit de surveiller l'activité de l'exécutif.

La crise sanitaire a impacté de manière négative le rôle de contre-pouvoir des Parlements français et allemand, tant dans leur fonction législative que dans leur fonction de contrôle, du fait d'une difficulté à s'adapter à de nouveaux modes de fonctionnement et aux conséquences, sur les instruments parlementaires classiques, de l'urgence de la situation. On peut noter, au passif du Parlement français, une délégation plus importante des compétences législatives et, à celui du Parlement allemand, l'absence de création d'instruments de contrôle spécifiques pour la crise sanitaire.

Le Bundesrat est un organe pouvant être incontournable dans la fabrication des lois, ce qui n'est pas le cas du Sénat.

L'opposition constitue, dans les deux pays, un contre-pouvoir tout relatif. En Allemagne, elle dispose de davantage de leviers juridiques pour s'exprimer, grâce à des droits de la minorité étendus, à la procédure des lois d'approbation (*Zustimmungsgesetze*) et aux règles du contentieux constitutionnel. Politiquement, toutefois, il est bien difficile de déterminer quelle est l'opposition la plus active. Il est plus pertinent de souligner l'existence de deux sortes de « rendement » différentes, due elle-même à des logiques parlementaires non comparables : positive et consensuelle en Allemagne, négative et conflictuelle en France.

En ce qui concerne la participation du peuple par le biais de mécanismes de démocratie semi-directe, les systèmes allemand et français sont diamétralement opposés. En réaction à l'épisode nazi, le premier rejette les

⁴⁴ A. Voßkuhle, "Verfassung und Parlamentarismus", BayVBl 147 (2016), p. 300.

mécanismes de démocratie semi-directe à l'échelle fédérale mais accueille avec une grande bienveillance les groupes de pression. Le second, dans la pure tradition rousseauiste, est encore culturellement réticent à l'égard des seconds alors qu'il est, au moins juridiquement, favorable aux premiers.

Enfin, en ce qui concerne la juridiction constitutionnelle, la plus grande influence de la Cour constitutionnelle allemande sur la législation est compensée par la protection moins importante du Parlement français à l'égard du gouvernement par le Conseil constitutionnel.

Finalement, l'avantage relatif que le Parlement allemand a sur le Parlement français en tant qu'institution distincte du Gouvernement et réceptacle de la majorité parlementaire est contrebalancé par des contre-pouvoirs à la majorité parlementaire plus solidement ancrés en Allemagne, si l'on excepte celui du peuple qui, du fait de l'épisode traumatisant du IIIème Reich, n'a plus sa place dans ce pays au niveau fédéral.