

**XII^e SÉMINAIRE FRANCO-JAPONAIS
DE DROIT PUBLIC**

Université d'Hiroshima, 15-17 mars 2018

XII^e SÉMINAIRE FRANCO-JAPONAIS DE DROIT PUBLIC

Université d'Hiroshima, 15-17 mars 2018



**SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE**

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

Table des matières

Connaissance et décision. Paradoxes autour de l'expertise Éric MILLARD	7
La participation des experts au processus d'élaboration de la norme juridique relative aux nouvelles technologies. L'affaire du réacteur nucléaire Ikata Yukiko OGAWA	17
Théorie du pouvoir constituant et limitation du pouvoir de révision. Le cas français Arnaud LE PILLOUER	25
Bicamérisme et structure de l'État Julien BOUDON	35
À propos d'un gros mot : la « démocratie locale » Christophe CHABROT	45
La protection des droits fondamentaux face aux exigences de sécurité et d'ordre publics : le cas du contrôle de la constitutionnalité des dispositions législatives sur l'état d'urgence (novembre 2015-décembre 2017) Véronique CHAMPEIL-DESPLATS	59
Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Japon. Le rôle de la Cour suprême Haruna IKEDA	71
L'Étranger, un homme marginalisé dans la Démocratie – Le droit de vote des étrangers au Japon, 20 ans après la décision inattendue de la Cour suprême japonaise Yoshinobu MIZUTORI	77
Penser l'impensable. Le droit de vote des étrangers aux élections nationales dans le contexte multinational du Luxembourg et dans le contexte fédéral de l'Union européenne Luc HEUSCHLING	85

La figure de l'individu chez Durkheim et Higuchi Yoichi : l'individu moral et le citoyen

Simon SERVERIN 125

L'autonomie et l'allégeance des salariés. À propos de *la gouvernance par les nombres* d'Alain Supiot

Shinji KOJIMA 157

L'évolution des droits fondamentaux liés à l'environnement. Étude comparée

Marie-Anne COHENDET 165

Les anarchistes français et la critique de la démocratie

Jean-Louis HALPÉRIN 173

Les démocraties illibérales européennes et la doctrine du populisme constitutionnel

Marie-Claire PONTTHOREAU 181

CONNAISSANCE ET DÉCISION PARADOXES AUTOUR DE L'EXPERTISE

Eric MILLARD*

Nous savons tous ce qu'est une licorne. Nous pouvons facilement l'expliquer à notre interlocuteur, en donner les éléments caractéristiques essentiels, et nous pourrions, si nous en croisions une, la reconnaître sans trop d'erreur. D'un autre côté, nous avons d'assez bonnes raisons de penser que les licornes n'existent pas, justement parce que personne, du moins dans un état de conscience normal, n'en a jamais croisées ; et parce que ceux qui prétendent relayer un éventuel discours de la licorne sont extrêmement marginaux, tout comme ceux qui justifieraient leurs actions en référence à ce discours. Nous vivons dans un monde sans licorne, et nous tenons pour fou qui prétendrait le contraire.

A l'inverse notre monde est saturé d'experts. Nous rencontrons en permanence des personnes se prétendant détenteurs d'une expertise, ou présentés comme experts ; nombre des décisions que nous prenons, ou qui nous sont imposées, mobilisent comme justification une référence à un expert ou à ses positions. Les experts sont partout. Sur les écrans : experts des séries télévisées (Miami, Manhattan...), experts des talk-shows qui meublent l'antenne des chaînes d'information continue ; sur les parquets des terrains de sport (Les Experts est le nom adopté par la 4ème génération de l'équipe de France de Hand-Ball avec ses 4 titres européens, ses 3 titres mondiaux et ses 2 titres olympiques en 10 ans, succédant aux Bronzés, aux Barjots et aux Costauds, ce qui sémantiquement peut traduire déjà une conception d'une forme de maîtrise de son objet) ; dans les prétoires (l'expert judiciaire, même et surtout si celui-ci ne peut intervenir sur des questions de droit) ou dans les procédures d'authentification ou de certification (le géomètre expert) ; dans

* Professeur de droit à l'Université Paris Nanterre, Centre de Théorie et d'Analyse du Droit.

la sphère politico-administrative enfin, ce qui nous importe davantage ici. Mais si nous avons donc toutes les raisons de voir que nous vivons dans un monde d'experts, à l'inverse de la licorne, nous rencontrons quelques difficultés quand il s'agit de dire ce qu'est un expert : qui sont-ils, comment et pourquoi sont-ils ainsi désignés, que font-ils ?

Bien sûr, il est très probable que ce temps des experts soit très étroitement lié aux besoins d'une société de l'information. La multiplication des canaux d'information, et les facilités d'accès direct à une information non hiérarchisée commandent la mise en place de grilles de lecture nouvelles proposant une compréhension (une lisibilité) des données et opinions disponibles (face à la transparence donc), ce que les experts sont conviés à fournir. La complexité croissante de la connaissance d'une autre côté suppose une vulgarisation pour qui n'est pas professionnellement impliqué dans la discussion savante. On retrouve ici démultipliées les raisons de l'expertise classique, par exemple en matière judiciaire : établir un cadre compréhensible d'une situation, pour lesquelles le juge décideur n'a ni les compétences, ni le temps pour le faire lui-même ; et destinée à éclairer ou justifier des choix à faire. Mais il est évidemment tout aussi probable que cette fonction ne soit pas tout à fait neutre, en ce qu'elle fait en partie l'opinion, et construit le cadre idéologique ambiant d'une démocratie en un temps et un lieu donnés. Toutes ces questions sont bien connues en science politique ou science de l'information et de la communication, et je ne prétends pas ici en traiter.

Je m'attacherai davantage, mais très rapidement, donc bien trop superficiellement, à l'expert et l'expertise autour de la question de la décision politico-administrative : donc à la place de l'expert dans la démocratie institutionnelle. Je dois cependant dire tout de suite que s'il y a ici une spécificité formelle, et fonctionnelle, la problématique ne me semble pas radicalement différente de celle de l'expertise dans les médias : il s'agit dans toutes les situations de convoquer quelqu'un qui sait (un savant ou un sachant) pour donner un cadre à prendre éventuellement en compte dans l'accomplissement d'une action, supposant donc une prise de décision non de l'expert mais de celui qui a recours à l'expertise. Cette problématique s'inscrit assez facilement dans la conception traditionnelle, depuis Weber et Kelsen, de la séparation du savant et du politique, de la vérité et des valeurs, de l'être et du devoir-être : le politique est le lieu où il faut décider des questions que la science ne peut trancher, mais il est rationnellement préférable de décider en tenant compte de ce que la science a par ailleurs établi, plutôt qu'en désaccord avec elle. Si nous considérerions comme bizarre une loi qui disposerait « les licornes existent » (question qui ne relève pas du politique, mais de la vérification empirique), nous considérerions sans doute tout aussi interrogeable une loi qui déciderait que pour résoudre les problèmes de la

pauvreté, trois kilos de viande de licorne devraient être hebdomadairement distribués à ceux qui ne disposent pas du minimum vital (choix politique irréalisable). L'expert vient donc tracer le champ des possibles, et éventuellement dans ce champ le préférable. Or la définition du possible et du préférable participe largement de la construction de l'idéologie. Cette définition n'est jamais neutre dès lors qu'elle est active ou constructive (ce qui est demandé à l'expert). La question comme la réponse ne sont jamais totalement scientifiques, et toujours un peu (beaucoup ? totalement ?) politiques également. Il faut alors relire sans doute Weber et Kelsen (qui à vrai dire l'avaient déjà perçu) à la lumière de Gramsci : l'hégémonie idéologique est la condition de la domination politique. C'est ici que le paradoxe de l'expertise se révèle, entre connaissance et décision.

I. L'EXPERT : QUI EST-IL ?

Il est probable que des experts ne sont pas toujours des savants ; et il est probable que ce soit assez souvent le cas des experts convoqués par les médias, dont les titres à parler peuvent parfois surprendre. Mais cette situation extrême ne devrait pas trop nous retenir : possible même dans l'expertise de la sphère politico-administrative (ce qui est une question qu'il appartient à la sociologie de décider), elle se discrédite d'elle-même puisque échappant au mécanisme de légitimation revendiqué de l'expertise. En ne retenant que le cas typique des experts mobilisés à « juste(s) titre(s) » dans la sphère politico-administrative, qui ont donc un titre justifiant leur intervention comme expert, la question de leur statut reste ambiguë, pour le moins.

Finalement, le droit, en France tout au moins, ne s'est intéressé (et que tardivement, et que partiellement, et en raison de scandales) qu'à une seule question : la prévention des conflits d'intérêt qui pourraient faire que le discours savant de l'expert soit commandé par des intérêts illégitimes, par exemple financiers. C'est le cas notamment dans le domaine de la santé de la *loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*, qui prévoit une déclaration publique et préalable des intérêts des membres notamment des commissions et conseils créés auprès du Ministère de la santé. Ce n'est évidemment pas rien, mais cela ne dessine un statut qu'en négatif : ce que l'expert ne peut pas être (intéressé à titre personnel et direct). L'expert n'est donc pas un consultant. Fort bien. En tirer a contrario une définition positive de l'expert serait cependant optimiste, et deux distinctions devraient pouvoir nous permettre de le comprendre.

a) un savant ou un savoir ? L'affirmation que l'expert dispose d'une connaissance et que c'est à raison de celle-ci qu'il intervient paraît aller de soi ; sa vérification est plus complexe. Si l'expert a un titre à l'être, fondé le plus souvent sur une expérience et/ou une reconnaissance scientifique (généralement liée à un grade universitaire et une production dans la recherche), quel est ce titre demandé ? cela reste vague. Ce n'est évidemment pas la communauté scientifique elle-même qui généralement attribue ce titre d'expert ou désigne l'expert, à la différence des experts judiciaires ou de certification, pour lesquels une liste existe dépendant de conditions vérifiables. C'est plutôt au sein de cette communauté qu'il est choisi, et ces choix ne peuvent pas être neutres. D'abord parce que les communautés scientifiques ne sont pas toujours homogènes, et que des questions réellement scientifiques y sont souvent très débattues (par exemple la réchauffement climatique ou la sécurité nucléaire) ; et particulièrement les questions les plus sensibles du débat politique (la politique énergétique et environnementale) : il est rare que le politique se mêle de questions que la communauté scientifique elle-même considère comme non discutables, parce que la connaissance y est considérée comme non discutée ; et à cet égard on constate que certaines disciplines sont davantage visées par l'expertise que d'autres : économie, droit, sociologie, bioéthique, criminologie et sécurité, ce qui traduit aussi souvent pour ces disciplines, au-delà des désaccords sur la connaissance, l'absence d'une épistémologie forte et partagée ; cela n'est cependant pas toujours le cas, et d'autres disciplines restent des champs privilégiés de l'expertise pour d'autres raisons (enjeux sociétaux notamment) : biologie ou physique et géo-physique par exemple. Ensuite parce que les scientifiques ne sont pas des machines dépourvues d'humanité et qu'ils ont leurs propres valeurs, leurs propres conceptions éthiques, philosophiques ou politiques, leurs propres intérêts (au-delà de ceux visés par la prévention des conflits d'intérêt financiers personnels directs : par exemple, et pour ne pas tomber dans la caricature du « tous-pourris », des intérêts collectifs, qui peuvent même être liés à la possibilité directe de leur activité scientifique, notamment quand l'État se désengage du financement de la recherche ou qu'il met des obstacles à l'accès à certaines données, ou au contraire en facilite cet accès). Enfin parce que la connaissance du monde scientifique par la sphère politico-médiatique est limitée et dépend de l'exposition médiatique des savants, de l'inscription de ceux-ci dans des réseaux non scientifiques (associatifs, partisans, institutionnels, etc.), et que nombre de savants n'ont ni le temps ni l'envie de s'impliquer dans ces activités périphériques : le choix des experts par le pouvoir politico-administratif contient donc nécessairement un biais qui permet de penser que l'expert, quel que soit son savoir, ne représente pas *seulement* le savoir (un

spécialiste) ; qu'il est choisi avant tout comme individualité qui est savant mais qui n'est pas que savant, ce qui le rapproche d'un représentant d'intérêts souvent, même si ces intérêts peuvent être très variés, et inégalement connus.

b) expert objectif ou neutre ? Si l'on considère souvent que l'expert est extérieur à la sphère politico-administrative, et donc apporte à celle-ci un regard objectif fondé sur la connaissance, il ne faut pas négliger même si je ne le traiterai pas davantage l'existence d'une forme d'expertise interne à cette sphère : celle de la haute administration publique, qui détient une forme de connaissance fondée sur la professionnalisation, la durée et l'accès aux données. Le phénomène bien étudié de la technocratie témoigne d'une forme d'expertise qui peut elle aussi être biaisée, face à un pouvoir politique dont on nous dit qu'il doit échapper à la professionnalisation. Mais ce pouvoir politique dépend des avis et recommandations de cette haute administration publique, de l'information que celle-ci transmet, et le statut de la haute administration au moins en France n'incite pas à prendre au sérieux l'idée de neutralité de l'administration qui justifierait cette forme d'expertise. L'analyse par exemple des processus de choix normatifs au cours de la période dite de l'état d'urgence en France révèle aisément, comme cela est bien connu, des champs entrecroisés entre experts administratifs, politiques et autorités de contrôle.

Il apparaît bien en réalité que le choix des experts, en l'absence d'une conception claire et d'un statut (qui n'est d'ailleurs sans doute pas souhaitable), dépende pour une grande partie de raisons détachées de la connaissance, soit qu'ils traduisent une sélection sur des motifs extra-scientifiques, soit qu'ils reposent sur un rapport de force et une asymétrie de l'information défavorable à celui qui recourt à l'expertise. Et que l'expertise relève dans des proportions variables tant de la connaissance que de la représentation de certains intérêts (sauf à être dans certains cas des intérêts directement financiers et personnels). Ce dernier point peut par ailleurs être accentué par le jeu des présences croisées, que Bourdieu et Lenoir avait mis en évidence et que j'avais pu vérifier dans le champ des politiques familiales : les mêmes individus peuvent parfois intervenir dans la sphère politico-administrative comme experts en raison de leur travaux scientifiques ou de leurs titres, comme représentants de familles de pensée ou d'association, comme représentants de l'administration. La confusion des rôles limite ici la masse des personnes mobilisées, et ne permet pas d'évaluer le type de discours globalement produit.

II. L'EXPERT : QUE FAIT-IL ?

Les modalités d'intervention des experts, même dans la sphère politico-administrative strictement entendue, sont extrêmement variables elles-aussi : conseillers techniques des ministères ; membres de commissions, conseils ou comités généralement consultatifs ; membres d'autorités administratives indépendantes ; auditions devant des commissions parlementaires ; chargés de la rédaction de rapports d'information ou de proposition ; etc., etc.

Quelles que soient ces modalités, il est clair que ce qui est attendu n'est pas la production d'une connaissance nouvelle, ce qui relève logiquement de l'activité scientifique proprement dite. Il s'agit plutôt d'une activité de « vulgarisation orientée » : vulgarisation parce que en fonction de ses connaissances supposées exhaustives il s'agit de permettre à des décideurs qui n'ont pas ces connaissances ni le temps de les acquérir d'accéder à ce qu'ils doivent savoir de la question sur laquelle ils entendent décider ; orientée parce que la vulgarisation attendue dépend de la question posée, des contraintes de l'exposition (temps, volume), et appelle le plus souvent des propositions de décisions.

En ce sens, le travail de l'expert est essentiellement un travail d'interprétation : il doit traduire ce qui est censé être disponible (l'intégralité des connaissances scientifiques sur la question) dans un langage clair et compréhensible pour celui qui fait appel à lui. Il ne vous étonnera pas que je considère que toute interprétation est un acte de volonté et non de connaissance, une décision. La sélection des points à mettre en avant et de ceux à occulter, le choix des lignes directrices à favoriser (par exemple l'économie standard ou l'économie hétérodoxe), l'adaptation des réponses aux attentes de ceux qui recourent à l'expertise, la prise en compte des conséquences de la décision à venir sur des éléments importants pour l'expert, notamment, ne relèvent d'aucune considération épistémologique possible. Elles ne dépendent que du savoir-faire rhétorique de l'expert (sa capacité de conviction et sa stratégie propre) et de l'ensemble de ses convictions et/ou intérêts, scientifiques ou non. Donc des raisons extra-scientifiques mêmes qui l'ont conduit à être expert. Il est d'ailleurs remarquable que les documents produits par les experts, censés dire ce que la science sait, ne sont que très marginalement, et de manière très contestée, considérés comme des productions scientifiques ; qu'ils ne sont pratiquement jamais discutés dans le cadre du débat scientifique et avec des arguments scientifiques, et qu'ils échappent à toute évaluation ou validation selon les procédés scientifiques. Bien sûr il arrive que la communauté scientifique relève et dénonce des erreurs (ce qui discrédite la prétention de l'épinglé à l'expertise : c'est faux !) ; mais le plus souvent, elle est contrainte si elle est en désaccord avec

l'expertise à se placer elle-même sur le terrain d'une autre forme d'interprétation, donc d'une autre décision de traduction (ce n'est pas ce qui importe...).

III. L'EXPERTISE : QU'EN FAIT-ON ?

Une des conséquences logiques de la séparation de la connaissance et de la décision est que l'expert n'est pas investi en droit d'un pouvoir de décision. Il peut arriver qu'il le soit (par exemple dans des autorités administratives indépendantes) mais cela est marginal et ne relève plus de l'expertise. C'est le décideur qui fera ce qu'il veut de l'expertise.

A cet égard, le phénomène maintes fois souligné, notamment par Chevallier et Lochak dès les années soixante-dix, de la polysynodie administrative est intéressant en ce qu'il explique un glissement des fonctions explicatives et propositionnelles de l'expertise à une fonction justificative. Le gouvernement et le parlement ont multiplié depuis très longtemps les conseils et commissions, les demandes de rapports ou d'auditions, destinés à éclairer leur action. Outre que cela permet d'afficher une écoute de ceux qui savent (l'État de raison) rompant avec la conception arbitraire du pouvoir (la raison d'Etat), cette inflation des expertises permet aussi, tout en respectant la plus complète transparence (ces expertises sont de plus en plus accessibles quelque part... la question est de trouver où), de mener une politique de l'expertise. D'abord éventuellement parce que la masse et la répétition d'expertises concordantes va donner à ces expertises dans l'idéologie dominante un statut de connaissance scientifique véritable, ou en tout cas considérée comme telle par le sens commun (en économie, l'hégémonie néo-libérale s'est construite en partie ainsi, en excluant les hétérodoxes du champ de l'expertise sinon de la science, et en s'imposant comme le seul regard visible des économistes : la position *vraie*). Ensuite, parce que en cas de diversités et de concurrences des expertises (recherchées ou contingentes), il sera toujours possible de sélectionner l'expertise qui va dans le sens de la décision voulue. L'expertise n'est alors pas information préalable, mais de plus en plus clairement fourniture d'arguments justificatifs, prétendant justifier comme rationnellement indiscutable la décision politique.

Il est possible que cette fonction justificative n'éclipse pas la fonction informative. Mais l'expert apparaît tout de même comme la figure moderne du conseiller de Machiavel, ce potentiel danger pour le Prince selon le penseur florentin. Si le Prince est suffisamment avisé, il n'a pas besoin de conseillers et donc peut jouer avec leur usage pour ses propres fins et son gouvernement sans se départir de son pouvoir. Mais si le Prince ne l'est pas, le conseil

devient vérité et c'est le conseiller qui gouverne à la place du Prince. Il ne m'appartient pas ici de dire si nos gouvernements et parlements sont suffisamment avisés, et s'ils jouent avec l'expertise, ce que laisserait à penser l'inflation du recours aux experts. Il demeure que la valorisation du renouvellement en politique, le dédain pour sa professionnalisation, dont le mouvement politique majoritaire en France à l'heure actuelle a fait du moins en apparence son identité et son programme, contient en germe la possibilité contraire.

Certains voient alors pointer un danger dans l'expertise, interne et technocratique ou externe et scientifique : celui d'une perte du pouvoir de décision du peuple et de ses représentants.

IV. L'EXPERTISE : UN DANGER ?

Ce danger pour la démocratie que constitue de fait un transfert du pouvoir de décision, non pas formellement, mais substantiellement, en réduisant le champ des possibles et du préférable, voire même en le limitant à une seule décision correcte, sur des questions politiques (donc indécidables au nom de la science et de la vérité) ne doit pas être sous-estimé. La logique maintes fois dénoncée du TINA : *there is no alternative*, qui a si bien fonctionné pour une certaine idéologie économique, et largement moins bien pour la plupart des membres de la société, le montre clairement. Pour autant, la référence à Machiavel nous permet de penser que ce danger n'est pas nouveau, et qu'il est au contraire consubstantiel à l'exercice du pouvoir, et du pouvoir moderne qui tire sa légitimité aussi bien du politique que de la rationalité. La difficulté essentielle pour la démocratie est que le Prince éduqué y est pluriel : le Peuple ; et que c'est ce Prince qui choisit ceux qui exerceront le pouvoir à sa place. Garantir ici que le Prince comme ses représentants soient en mesure d'être avisés ressemble à rechercher la licorne. On peut plaider pour l'éducation, et le débat public informé. Échafauder, et en partie par le droit, des statuts, des moyens, des limites, des politiques visant à les instaurer réellement. Avec une bonne dose d'optimisme. En se payant de mots, affirmer qu'il faudrait revenir à l'image idyllique du Parlement de la philosophie politique des Lumières et restaurer le débat entre individus cultivés (donc capables d'accéder à l'information par le travail et sans l'intermédiaire des experts), spécialistes de rien mais aptes à comprendre beaucoup, et rendre ainsi l'expert inutile. Il fait beau au pays des licornes mais ce n'est pas notre pays.

La dénonciation classique de ce danger me paraît cependant occulter un autre danger bien plus grave à mes yeux. L'expertise politiquement réussie,

et le modèle ici peut-être celui de l'économie au service du néo-libéralisme, parvient à réduire le champ du politique, donc du possible, à une seule voie, présentée comme scientifiquement fondée. Elle impose une idéologie scientiste dans le plus mauvais sens du terme. Et en interdisant le débat politique (il n'y a rien à débattre puisque c'est une question scientifique : Kelsen et Weber – et de nombreux autres - ont été compris, pour être instrumentalisés), elle produit une dévalorisation de l'idée même de science et de vérité. Les populismes ne parviennent à prospérer que parce que la politique s'est accaparée la légitimation par le vrai, et que la discussion politique devient plus facilement une opposition à la science, qui passe par la contestation de sa prétention à la vérité, qu'une revalorisation du politique et de l'indétermination. La maladie des Fake news, ou celle du complot, en sont de bons exemples. En prétendant qu'au nom de la science seule une décision est possible, alors que nous percevons que d'autres choix seraient également légitimes et rationnels, ce dont sont comptables tant nombre de scientifiques intervenant comme experts, que de politiques instrumentalisant par l'expertise la science, on introduit une confusion entre ce que nous pouvons tenir pour vrai et ce que nous pouvons vouloir comme souhaitable, qui bouleverse radicalement la raison d'être de la démocratie, comme de la science : puisqu'il n'y a plus de claire démarcation entre la vérité et l'idéologie, tout est possiblement question de vérité et donc plus rien n'est vrai, *anything goes*. Ce qui me paraît plus dangereux sur le long terme que la constatation que la démocratie n'est pas ce régime parfait où le Peuple éclairé décide, que l'on nous présente parfois.

Pour conclure, je souhaite souligner que si ces quelques propos ressemblent à un rapport d'expertise, ce n'est sans doute pas fortuit. J'ai invoqué des titres à être expert : tant universitaires que liés à mon expérience et ma recherche (bien lointaine et bien partielle mais cela me permet l'objectivité requise de l'expert : savoir, mais point trop s'en faut, pour savoir un peu sur beaucoup et non beaucoup sur peu). J'ai évidemment simplifié la question, sélectionné des faits et des arguments et soigneusement évité de parler d'autres faits ou arguments qui me convenaient moins pour des raisons que je n'estime pas utile de vous dévoiler (au risque de voir mon statut d'expert contesté). Et je l'ai fait pour pouvoir défendre une position qui est plus politique que scientifique : si nous croyons un peu dans la science et dans la politique, donc dans les valeurs qui ont permis l'essor des démocraties, en tant que scientifiques, ou tout au moins universitaires cessons de vouloir être des experts, et faisons de notre mieux ce que nous savons faire en tant qu'universitaires d'une part, ce que nous pouvons faire en tant que citoyens d'autre part.

Bien sûr, comme pour tout rapport d'expertise, celui-ci désormais vous appartient et vous ferez ce que vous voudrez de ces propos bien rapides.

LA PARTICIPATION DES EXPERTS AU PROCESSUS D'ÉLABORATION DE LA NORME JURIDIQUE RELATIVE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES : L'AFFAIRE DU RÉACTEUR NUCLÉAIRE IKATA

Yukiko OGAWA*

INTRODUCTION

Le remarquable développement de la science et des technologies permet non seulement une amélioration de la qualité de la vie, mais contribue également à la promotion des droits relatifs au respect de la vie humaine et à la santé. Ce mouvement, mondial, est particulièrement prégnant dans les pays dits développés, où les moyens juridiques à mettre en place pour concilier la protection de la société et les progrès de la science font l'objet d'actives discussions.

Au Japon, on considère que les nouvelles technologies se prêtent mal à l'œuvre législative du fait de leur évolution rapide, de la nécessité pour le législateur qui s'en saisit d'être hautement spécialisé, et de la faible probabilité que les normes ainsi créées puissent refléter un consensus social. S'il est admis que des réglementations sont nécessaires dans certains domaines sensibles – par exemple en matière de sécurité (recherche nucléaire), ou d'éthique (assistance médicale à la procréation, mort avec dignité, etc.) –, la majorité de la doctrine constitutionnelle considère qu'un tel contrôle devrait être laissé aux chercheurs, auto-régulés d'une part du fait de leurs organisations professionnelles (sociétés savantes, etc.), et d'autre part à raison de leurs propres convictions morales.

* Professeure assistante à l'Université Teikyo.

Par conséquent, il n'existe au Japon que peu de règles juridiques relatives aux sciences de la vie dont l'origine est parlementaire. L'œuvre du législateur se résume à une « loi sur la transplantation d'organes » (la loi n° 104 du 16 juillet 1997, modifiée par la loi n° 83 du 17 juillet 2009) et une « loi sur la réglementation des techniques de clonage humain » (la loi n° 146 du 6 décembre 2000). Le gouvernement, en revanche, et dans certains cas les sociétés savantes (par exemple la Société Japonaise d'Obstétrique et de Gynécologie), se montre plus impliqué : le cadre juridique dans le domaine scientifique est depuis longtemps façonné par ses directives. D'ailleurs, de nombreux comités ou commissions liées à diverses branches de l'administration ont vu le jour au Japon.

Le fait que des services administratifs détiennent *de facto* la part la plus substantielle du pouvoir normatif relatif aux nouvelles technologies a conduit la doctrine à identifier une tension entre les exigences de la légitimité démocratique et la liberté académique. D'un part, au terme de l'article 41 de la Constitution du Japon, « la Diète est le seul organe légiférant de l'État ». De ce fait, qu'un pan entier du dispositif normatif, sur des domaines aussi sensibles, soit édifié quasi-exclusivement par voie réglementaire sans discussion au Parlement suscite des interrogations à propos du rôle de la loi et du respect de la fonction du législateur dans un cadre démocratique. Au Japon, en effet, un décret ne peut traiter de questions relatives aux droits et obligations des personnes que dans le cadre d'une délégation par la loi. Mais en pratique, un grand nombre de normes juridiques, notamment dans le domaine des sciences et de la technologie, ont été établies au niveau administratif : il s'agit de directives et de circulaires qui ne comportent pas de sanction.

D'autre part, la liberté académique est protégée par la Constitution japonaise. Un volet externe protège la diffusion du savoir scientifique vers l'extérieur et est garanti par son article 23. Elle s'appuie sur la liberté de la recherche, la liberté de la présentation de la recherche, la liberté de l'enseignement, et la liberté d'expression (article 21). De plus, un volet interne traite plus directement de l'action individuelle du chercheur dans la production de ses travaux académique et concerne principalement la liberté de conscience protégée par l'article 19. Cette protection de niveau constitutionnel a, paradoxalement, un effet *pervers* : il est difficile de mettre en place des lois concernant les nouvelles technologies puisqu'elles sont le domaine réservé des groupes de chercheurs ou des Universités, c'est-à-dire des experts.

Cette tension entraîne nécessairement certaines questions. Comment expliquer la situation actuelle du droit des nouvelles technologies au Japon ? Un régime politique de type démocratique peut-il se satisfaire d'une telle

production normative où le pouvoir législatif ne joue finalement qu'un rôle marginal ? Ma préoccupation première est donc d'étudier les contours de la liberté académique garantie par la constitution tels que ceux-ci résultent des interactions entre les normes, législatives et réglementaires, relatives à la recherche scientifique. Au-delà, il s'agit de comprendre sur quels fondements repose la légitimité du contrôle constitutionnel de ces normes. La manière dont l'autorité administrative élabore des normes juridiques contraignantes sera l'objet de ces réflexions, sachant qu'il semble difficile de laisser à des normes sans réelle force contraignante, directives ou aux codes de conduite élaborés par les sociétés savantes, l'encadrement de nouvelles technologies qui sont, par nature, en évolution constante. Puisque le thème de ce rapport est la participation des experts au processus d'élaboration des normes relatives aux nouvelles technologies, je me concentrerai ici sur les activités des experts.

En ce qui concerne la question de la formulation de normes fondées sur l'expertise scientifique, le traitement de l'interprétation et des conclusions des experts par les tribunaux constitue également une question importante, puisque l'œuvre des experts est soumise au contrôle des tribunaux en cas de procédure juridictionnelle. Les développements qui suivent se proposent donc d'examiner la place que les juges ont donné au jugement des experts au travers des décisions rendues à l'occasion de l'affaire Ikata. Après un bref rappel du contexte, tant juridique que factuel, entourant cette affaire, j'en analyserai les tenants et les aboutissants.

I. L'AFFAIRE DU RÉACTEUR NUCLÉAIRE IKATA

À la suite du séisme qui a affecté en 2011 la côte Pacifique du Tōhoku et de l'accident nucléaire de Fukushima, de nombreuses critiques ont été émises à l'encontre de la gestion des réacteurs nucléaires japonais, notamment en matière de sûreté, par l'ancienne Agence Japonaise de Sûreté Nucléaire (NISA). Par la suite, la loi réglementant les réacteurs nucléaires fut modifiée et une Commission de Réglementation de l'Énergie Nucléaire (*Nuclear Regulation Authority*), la NRA, ayant pour mission de contribuer à assurer la protection de la vie, de la santé et des biens des personnes, à la préservation de l'environnement, et à la sécurité nationale, fut créée par la loi n° 47 de 2013 établissant la commission de réglementation de l'énergie nucléaire. La NRA a formulé de nouvelles règles (règles relatives aux autorisations d'implantation) concernant la mise en place et le fonctionnement des installations nucléaires, sur la base des deux constats suivants. En premier lieu, les mesures concernant les catastrophes naturelles à grande échelle telles que

les tremblements de terre et les tsunamis sont insuffisantes, et les mesures visant à prévenir ou maîtriser les accidents graves (telles que la collision intentionnelle par un avion, la diffusion de matières radioactives, la rupture de conteneur du réacteur ou la détérioration du cœur du réacteur, etc.) ne sont pas définies et laissées à l'appréciation de l'exploitant, de sorte que bien souvent des mesures suffisantes ne sont pas prises. Deuxièmement, sous l'ancien système, il n'était pas possible d'appliquer rétroactivement aux installations nucléaires existantes les normes issues d'un processus de révision. Il n'était donc pas possible de demander la mise en conformité des installations existantes aux normes les plus récentes. Désormais, les normes faisant l'objet d'une révision peuvent être appliquées rétroactivement aux installations existantes (« *backfit* »), dont la mise en conformité peut par conséquent être exigée.

Dans cette affaire, les habitants vivant dans l'aire d'environ 100 km (Hiroshima-shi, Matsuyama-shi) autour de l'unité 3 de la centrale nucléaire Ikata ont obtenu à l'encontre de Shikoku Electric Power une décision ordonnant la suspension provisoire de l'exploitation de l'installation au motif que celle-ci, étant insuffisamment sécurisée à l'égard aux éruptions volcaniques, séismes, et tsunamis, était sujette à un risque significatif d'accidents graves impliquant l'émission de grandes quantités de substances radioactives, pouvant avoir des conséquences dommageables pour la vie, le corps, l'esprit et la tranquillité des résidents. En application des nouvelles normes établies par la NRA, la centrale nucléaire d'Ikata a été arrêtée pendant cinq ans depuis 2011. Cependant, en 2013, Shikoku Electric Power a demandé à la NRA l'autorisation de modifier l'installation. Après avis scientifiques et techniques (commentaire public), la NRA a délivré un permis en 2015. L'unité 3 de la centrale nucléaire d'Ikata a redémarré à l'été 2016.

1. La décision du tribunal de district (jugement du 30 mars 2017 du tribunal de district d'Hiroshima)

Dans son jugement, le tribunal de district a examiné la validité des nouvelles normes et directives mises en œuvre par la NRA fondant sa décision ayant conclu que la centrale nucléaire d'Ikata était conforme aux normes en vigueur.

Il a notamment recherché si les règles concernant la délivrance des autorisations d'installation devaient considérer les risques volcaniques comme un phénomène naturel devant être anticipé sur la base de leur historique et d'une étude du terrain à la lumière du savoir scientifique et technique le plus récent, et si, lorsque la NRA statue sur la conformité à ces normes, les directives créées par la NRA telles que la directive volcanique

doivent être inclus parmi les normes de référence. Par conséquent, le tribunal a également examiné la validité de ces directives. L'applicabilité de la directive volcanique était un enjeu majeur. Aux termes de la directive volcanique, l'évaluation de l'impact volcanique se fait en deux étapes, la situation d'implantation et l'impact. Les volcans qui peuvent affecter l'installation nucléaire sont d'abord identifiés, puis la probabilité que des événements volcaniques affectent l'installation pendant son exploitation sont évalués individuellement, en particulier si l'éventuelle survenance d'événement volcaniques (écoulements pyroclastiques, coulée de lave, etc.) pendant la durée d'exploitation de l'installation font obstacle à son implantation. Dans l'hypothèse où le risque n'est pas suffisamment faible, la NRA doit considérer que l'emplacement de la centrale nucléaire est inapproprié. De plus, la directive volcanique prévoit que les flux pyroclastiques dus à des éruptions de classe VEI 7 ou supérieures sont inclus dans les événements volcaniques s'opposant à l'implantation d'une installation nucléaire, et ce point est important par rapport à l'enjeu du jugement. En effet, dans l'affaire Ikata, le mont Aso, situé à 130 km de la centrale, a été identifié comme un volcan pouvant affecter l'installation, puisque celui-ci a provoqué une éruption massive il y a 90 000 ans. Il s'agit alors de savoir comment évaluer cet historique.

Les juges du tribunal de district ont considéré que la difficulté, en dépit des connaissances scientifiques et technologiques actuelles, de l'exercice consistant à prédire avec précision la probabilité et l'échelle de l'éruption du volcan concerné pendant la période d'exploitation de l'installation rendait les dispositions de la directive volcanique sur l'évaluation du site d'implantation inapplicables dans la mesure où celles-ci supposent que le moment et l'échelle de l'éruption peuvent être prédits avec précision considérablement à l'avance. Faute de quoi, le simple fait qu'un volcan soit par le passé entré en éruption et affecté le site d'implantation de l'installation suffirait à faire obstacle à son implantation. La possibilité d'éruption de classe VEI 7 ou plus, dite « catastrophique », même si ce type d'éruption n'est pas considéré comme catastrophe naturelle en ce qui concerne la sécurisation des installations nucléaires, et hormis les cas où le risque est justifié par des motifs raisonnables, ne peut conduire à la conclusion que l'installation est insuffisamment sécurisée. Et cependant, cette approche ne peut pas être contraire à l'objectif de la loi réglementant les réacteurs nucléaires révisée. Donc, pour les cas où la possibilité d'une éruption survenant pendant la période d'exploitation de l'installation n'est pas démontrée, et même si le site d'implantation n'est pas inapproprié, les décisions en la matière ne peuvent être contraires au but de ladite loi, ni à l'objectif des règles relatives aux autorisations d'implantation élaborées par la NRA en délégation de la loi

(citant un arrêt du 6 avril 2016 de la branche de Miyazaki de la Haute Cour de Fukuoka). Par conséquent, le tribunal de district a rejeté les allégations des requérants et considéré que ces hypothétiques catastrophes naturelles ne constituaient pas en l'espèce un risque pour la vie des personnes ou de dommages physiques. Les requérants ont immédiatement fait appel.

2. La décision de la Haute Cour (arrêt du 13 décembre 2017 de la Haute Cour d'Hiroshima)

Contrairement à la décision du tribunal de première instance, la Haute Cour a ordonné la suspension provisoire de l'exploitation du réacteur de l'unité 3 de la centrale nucléaire d'Ikata. Lors de la procédure devant la Haute Cour, comme ce fut le cas précédemment devant le tribunal de district, la validité des normes mises en place par la NRA ainsi que la régularité de la décision de conformité à ces normes ont fait l'objet d'une attention particulière. Par ailleurs, concernant le risque volcanique présenté par le mont Aso, la cour a considéré que la NRA devait décider que l'emplacement de la centrale nucléaire était inapproprié. Dans cette perspective, la cour a décidé que la décision de la NRA ne prenait pas suffisamment en compte le risque volcanique dans sa décision autorisant la remise en marche de l'installation. Par conséquent, la Haute Cour a ordonné la suspension de l'exploitation de l'installation.

II. L'EXAMEN DES EXPERTS ET LE CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. La légitimité incertaine de l'intervention des experts dans le processus de création normative

Le jugement de tribunal de district et l'arrêt de la Haute Cour sont en accord quant à la méthode du contrôle juridictionnel (répartition de la charge de la preuve). On peut donc se demander ce qui a causé la divergence dans leurs conclusions respectives ? Dans sa décision, la Haute Cour a particulièrement insisté sur les points suivants. Bien qu'il y ait eu une divergence entre l'appréhension par les juges de première instance du risque volcanique (est-il socialement accepté dans notre pays que le risque constitué par des éruptions dont la fréquence d'occurrence qui est extrêmement faible et causant des dommages catastrophiques doit être considéré comme négligeable ?) et une partie de la méthode d'évaluation du site d'implantation fixé par la directive volcanique, notamment en ce qui concerne le poids à accorder aux éruptions passées du mont Aso, la manière dont le jugement a

modifié le cadre d'adoption des autorisations d'implantation (ainsi que la référence faite par cette décision à un jugement de la branche de Miyazaki de la Haute Cour de Fukuoka) s'oppose aux règles relatives aux autorisations d'implantation garantissant la compétence discrétionnaire de la NRA en la matière, et a de ce fait excédé sa compétence. En d'autres termes, la Haute Cour a respecté la décision des experts, parce que la loi a confié l'élaboration des normes et l'examen de leur conformité à la NRA, ce qui implique que ses décisions sont basées sur les connaissances scientifiques et techniques des experts qui la composent.

La Fédération des Barreaux Japonais (*Japan Federation of Bar Associations*, JFBA) a dit sa faveur pour cette décision. On peut cependant se demander si cette situation est vraiment souhaitable. L'absence de remise en question de l'examen effectué par des experts ne signifie-t-il pas que le tribunal autorise la création de normes par les experts ? Quelle peut être leur légitimité d'un point de vue démocratique ? Certes, ce sont des règles formulées en vertu d'une délégation de la loi, ayant passé la procédure de commentaires publics, mais il est difficile d'imaginer qu'un consensus social soit obtenu de cette manière, et je reste sceptique quant au rôle trop important des experts dans leur élaboration.

2. *Dualité des expertises*

Il y a ici une structure en deux étapes, faisant intervenir chacune un processus d'évaluation et la décision qui en découle. La première consiste en la formulation et l'examen de critères par des experts scientifiques, et la seconde en un examen par des experts juridiques (les juges). Que le juge, faisant obstacle à l'évaluation conduite lors de la première étape, modifie une méthode d'évaluation adoptée sur le fondement de l'expertise scientifique et technique a fait l'objet de critiques.

Il serait cependant tout aussi préoccupant de faire aveuglément confiance aux experts scientifiques. Il est donc capital, dans la situation actuelle où le processus judiciaire requiert l'intervention des experts, de tenir compte des exigences d'une bonne administration de la justice lors de l'élaboration de mécanismes intégrant l'expertise scientifique au processus de création normative.

CONCLUSION

Le profane/citoyen est souvent opposé aux experts. Il semblerait qu'en France il y ait de fréquentes opportunités de dialogue entre experts et citoyens.

En revanche, bien que le Japon ait connu des conférences de consensus au niveau local, aucune tentative comparable, par exemple aux États généraux de la bioéthique, n'a été faite. Cette carence s'étend aussi à des questions qui concernent directement la société civile, par exemple les relations (juridiques) parent-enfant en cas de mère porteuse, la procréation médicalement assistée, ou la fin de vie dans la dignité, pour lesquelles la voix du public ne trouve pas sa place. Je pense que le rôle des experts dépassera dans le futur la simple élaboration de normes techniques et inclura la nécessaire explication de ces technologies aux citoyens et l'initiation d'un dialogue.

À cette fin, les experts doivent parler de technologie avec des mots faciles à comprendre pour les citoyens. Par exemple, l'Institut de technologie de Tokyo a récemment créé un institut d'arts libéraux afin de connecter l'expertise scientifique et technique à la société. Bien que les délibérations des commissions telles que la NRA soient publiques, il est difficile pour le « citoyen » qui les regarde sur Youtube de comprendre le contenu des débats. Bien sûr, il est impossible de rendre toutes les délibérations compréhensibles par les citoyens, mais je crois que l'augmentation des opportunités pour les experts de dialoguer avec les citoyens mènera à une meilleure législation. L'idéal serait que les citoyens puissent décider, par des moyens appropriés à un cadre démocratique, tout en bénéficiant de l'éclairage fourni par les experts.

THÉORIE DU POUVOIR CONSTITUANT ET LIMITATION DU POUVOIR DE RÉVISION LE CAS FRANÇAIS

Arnaud LE PILLOUER*

1. La cause semble entendue : la France est le pays – avec, peut-être, les États-Unis – dans lequel la thèse de l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle est la plus affermie. La lecture de la littérature internationale sur la question est sans appel : la France est systématiquement citée parmi les pays dans lesquels la jurisprudence comme la doctrine considèrent qu'aucune limite ne saurait être opposée aux lois de révision de la constitution.

1.1. Il est vrai que tout concourt à le penser, à commencer par l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question. La décision du 26 mars 2003, par laquelle le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître des lois de révision, au motif qu'aucune disposition de la Constitution ne l'autorisait à en vérifier la conformité, semble même avoir mis un terme au débat qui avait pu naître de sa précédente décision du 2 septembre 1992, dite Maastricht II. Le Conseil y avait en effet énoncé la curieuse thèse d'un pouvoir souverain *sous réserve*, à travers un considérant qui avait à l'époque suscité beaucoup de commentaires : « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ». Les partisans d'un contrôle de constitutionnalité des lois de

* Professeur à l'Université Paris 10.

révision y avaient vu les prémisses d'un prochain alignement du Conseil constitutionnel sur ses voisines allemande et italienne.

La décision du 26 mars 2003 et sa motivation pour le moins économe ont donc éteint ces espoirs naissants¹. Sa motivation en termes de compétence ne se prête du reste pas facilement au revirement : il lui faudrait des trésors d'imagination (ou un coup de pouce du constituant) pour justifier le soudain examen de lois de révision constitutionnelle². Si on lit, en outre, cette décision de 2003 à la lumière de celle du 6 novembre 1962 (par laquelle le Conseil se déclarait également incompétent pour connaître de la constitutionnalité de lois référendaires, du fait que celles-ci seraient « l'expression directe de la souveraineté nationale »³) on peut se dire que la boucle est bouclée : le Conseil ne vérifie pas la conformité des lois de révision lorsqu'elles sont adoptées par la voie de l'art. 89, car il estime ne pas avoir reçu cette compétence, et ne contrôle pas non plus que la révision a bien été adoptée conformément à la procédure prévue (ce que Guy Carcassonne appelle le « contrôle d'identité minimum »⁴ du pouvoir de révision) – du moins lorsque c'est le peuple qui adopte la révision en question par référendum.

¹ Décision n°2003-469 DC, « Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République ».

² L'une des voies qui lui restent ouvertes consisterait (un peu à la manière de la Cour colombienne) à procéder au contrôle d'une loi de révision en considérant précisément qu'il ne s'agit pas d'une loi de révision – mais d'un acte constituant, bouleversant l'ordre constitutionnel au lieu de simplement le réformer. Une autre serait de se reconnaître compétent pour examiner la conformité à la constitution non pas d'une loi de révision, mais d'un projet ou d'une proposition de loi de révision...

³ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 : « Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 »

⁴ Guy Carcassonne : « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010.

1.2. Cette position jurisprudentielle⁵ semble être assise sur une doctrine bien installée, établie de longue date⁶ et liée au fameux légicentrisme typique de la pensée constitutionnelle française⁷. Selon cette position doctrinale le peuple n'est peut-être plus tout-à-fait souverain lorsqu'il fait la loi (par l'intermédiaire de ses représentants), mais au moins faut-il qu'il le soit à un moment ou à un autre : en l'occurrence, soit lorsqu'il exerce directement sa souveraineté (par référendum), soit (et c'est ce qui nous intéresse ici) lorsqu'il « paraît en majesté », selon l'expression restée fameuse du doyen Vedel⁸ – c'est-à-dire lorsqu'il adopte une révision constitutionnelle.

C'est là en effet, selon cette thèse, une garantie du caractère démocratique du système constitutionnel dans son ensemble, un rempart contre le gouvernement des juges qui menacerait toujours, tapi derrière le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires : certes les juges peuvent s'ils estiment une loi inconstitutionnelle l'empêcher d'être promulguée, voire, désormais, l'abroger ; mais au moins le peuple souverain, par la voie de la révision, peut-il toujours surmonter cet obstacle juridictionnel et faire prévaloir sa volonté (qu'il agisse directement ou par la voie de ses représentants). La théorie du « lit de justice » développée par le doyen Vedel

⁵ Olivier Beaud a pu montrer que le Conseil d'État s'est de son côté montré « plus audacieux qu'il ne prétend » dans l'avis qu'il a rendu le 31 juillet 2015 sur la question de la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Il s'agissait de répondre au gouvernement sur la question de savoir si l'ajout d'une disposition autorisant la ratification de ladite Charte suffirait à surmonter les inconstitutionnalités relevées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999. Or le Conseil d'État a estimé qu'une telle autorisation de ratification introduirait une contradiction interne trop importante au sein de l'ordre juridique (doublée du reste d'une incohérence avec l'ordre juridique international), de sorte que le principe de sécurité juridique commanderait que le gouvernement y renonce. Ainsi, comme le souligne Olivier Beaud, le Conseil d'État, tout en rappelant qu'il « n'existe pas de principes de niveau supra-constitutionnel » (§7 de l'Avis du 31 juillet 2015), en crée en réalité un en subordonnant les révisions au principe de sécurité juridique (O. Beaud, « Le cas français – l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », in *Jus Politicum* n°18, p. 101-102). Il faut néanmoins préciser que la position du Conseil d'État n'est pas tout à fait la même que celle du Conseil constitutionnel : il ne rend sur la question qu'un avis, en amont d'une éventuelle révision, et n'est pas dans la situation de devoir statuer sur une révision adoptée par les autorités compétentes. Son raisonnement n'obéit donc pas aux mêmes contraintes.

⁶ Il convient du reste de relever que la question du contrôle des lois de révision n'a pu se poser, en France, qu'une fois le contrôle des lois ordinaires solidement installé – ce qui n'a été le cas que tardivement, précisément en raison du légicentrisme. Avant les années 1980, la question ne se posait évidemment que de façon très abstraite et relativement rare en doctrine.

⁷ Le légicentrisme est habituellement défini (à juste titre) comme la centralité et l'immunité accordée à la loi en France. Toutefois, ce légicentrisme a toujours été profondément lié, sous les diverses républiques françaises, avec un « parlementaro-centrisme » qui en constituait sans aucun doute le soubassement politique. On peut donc sans doute voir dans la centralité qui continue d'être accordée au Parlement aujourd'hui une manifestation persistante de ce « légicentrisme ».

⁸ Georges Vedel avait en effet écrit : « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ». (G. Vedel : « De Schengen à Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173).

caractérise parfaitement cette idée que l'illimitation du pouvoir de révision constituerait une garantie de la démocratie – et cela explique l'importance attachée à l'absence de contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de révision. Ce dernier semble ainsi avoir fait sienne cette thèse doctrinale et la doctrine constitutionnelle française s'être, de son côté, ralliée à ladite jurisprudence.

2. Aussi la cause paraît-elle, encore une fois, entendue : la France résiste au mouvement mondial de développement du contrôle des amendements constitutionnels et mérite bien d'être classée parmi les pays fondamentalement hostiles à toute forme de limitation du pouvoir de révision. C'est ce qui permet à Olivier Beaud, dans un article récent consacré à cette question, de parler « d'obstination » de la jurisprudence et de la doctrine française « à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle »⁹. Pourtant, sa thèse me paraît, malgré les apparences, devoir être nuancée.

2.1. La lecture de son article, qui date de 2015 pour sa première version¹⁰, laisse tout d'abord un peu perplexe en raison de l'ancienneté des références doctrinales mobilisées pour étayer la thèse principale de l'article : celle d'une hostilité obstinée, en France, à toute idée de limitation du pouvoir constituant¹¹. Le principal accusé dans cette affaire est en effet Georges Vedel, dont il est difficile de nier l'influence, aussi bien auprès du Conseil constitutionnel qu'à l'égard de la doctrine constitutionnelle française, mais dont les principaux écrits sur cette question remontent tout de même à quelques années – puisque les plus récents datent de 1992¹². En dehors de cette référence, Olivier Beaud ne mentionne, si l'on met de côté une brève référence à l'ouvrage classique de Barthélémy et Duez¹³, que les exemples de

⁹ O. Beaud, « Le cas français – l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *ibid.*

¹⁰ Il est en fait la version écrite d'une conférence donnée à Rome le 14 décembre 2015 dans le cadre du colloque Costantino Mortati consacré au thème suivant : « *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale* ». Une première version de cet article est parue dans la revue *Nomos* en 2016.

¹¹ Thèse que l'on retrouve par exemple exprimée également par Alexandre Viala (quoiqu'elle le soit, semble-t-il, sans la tonalité de regret que l'on trouve chez Olivier Beaud). Il écrit ainsi : « Cette jurisprudence atteste de l'imperméabilité de la culture juridique et du droit positif français à la thèse schmittienne de la gradation entre Constitution et loi constitutionnelle » (A. Viala : « Limitation du pouvoir constituant ; la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa*, 2014/1, n°32, p. 91).

¹² Georges Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 179.

¹³ Lesquels (comme le rappelle Olivier Beaud) parlent d'une « barrière de papier » pour qualifier l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement introduite par la révision de 1884 (J. Barthélémy et Paul Duez : *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1933, p. 101).

Bruno Genevois¹⁴ et Guy Carcassonne¹⁵, ainsi que de quelques commentateurs traditionnels des décisions du Conseil s'étant exprimés sur la décision de 2003¹⁶.

Les références paraissent donc un peu anciennes mais surtout, elles ne sont pas toujours très convaincantes¹⁷. En effet, si l'on fait abstraction des commentaires plus ou moins « autorisés » de la jurisprudence, qui se caractérisent généralement par leur grande bienveillance et s'efforcent de donner du sens aux décisions du Conseil constitutionnel (ce qui n'est pas toujours une mince affaire) plutôt que de porter un regard critique sur celles-ci, on ne trouve finalement, parmi les prises de position doctrinales survenues depuis la décision de 2003, que la contribution de Guy Carcassonne. Or celle-ci mérite d'être examinée avec un peu plus d'attention. Elle figure dans un dossier que les « Cahiers du Conseil constitutionnel » avaient consacré à la question du contrôle des lois constitutionnelles¹⁸, dans une rubrique intitulée « pour/contre un tel contrôle en France », et qui réunissait les contributions de deux représentants éminents de la doctrine (précisément O. Beaud et G. Carcassonne), chacun étant supposé défendre une thèse opposée sur la question. L'intitulé de leurs contributions respectives laisse immédiatement apparaître que la prétendue « obstination » doctrinale n'est pas aussi abrupte que ce que l'on pouvait imaginer : alors que le premier présente un « plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », le second lui oppose un « plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit ». De fait, Guy Carcassonne, loin de rejeter le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de révision, l'estimait nécessaire, du moment il est vrai que celui-ci ne revenait pas à s'engager dans des « aventures interprétatives » (ce qui, selon lui, aurait immanquablement été le cas si l'alinéa 5 de l'art. 89 avait été interprété autrement que de la façon la plus stricte – *i.e.* comme prohibant le retour à la forme monarchique du gouvernement). Le fait que le seul auteur

¹⁴ Bruno Genevois, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n° 5, 1998, p. 909.

¹⁵ Guy Carcassonne : « Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010.

¹⁶ Il évoque par exemple L. Favoreu, L. Philip e. a. : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2011 ; ou bien A. Vidal-Naquet, in M. Verpeaux e. a. : *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2011 (la date de l'édition ne doit pas tromper : il s'agit de commentaires de la décision de 2003 en général écrits à cette même date) ; ou encore le commentaire spécifique produit par Jean-Éric Schoettl sur la décision de 2003 : « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler les lois constitutionnelles ? », *Les Petites Affiches*, 8 avril 2003.

¹⁷ En réalité, de nombreux auteurs (comme Louis Favoreu ou François Luchaire par exemple), même s'ils ne plaident pas (comme l'aurait sans doute souhaité Olivier Beaud) pour un contrôle matériel très poussé, sont en général assez nuancés sur cette question et ne défendent que rarement une absence totale de contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de révision.

¹⁸ *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010.

trouvé par les « Cahiers du Conseil constitutionnel » pour s'exprimer « contre » le contrôle de constitutionnalité des lois de révision ait rédigé une contribution dont le titre annonçait une défense « résolue » de celui-ci, du moment que son usage fût circonscrit, est déjà le signe que la fameuse « résistance » de la doctrine française à un tel contrôle n'était peut-être pas si ferme que cela.

2.2. La lecture de la littérature récente sur la question dans les revues juridiques françaises ajoute à la perplexité. On doit en effet constater que l'essentiel des articles publiés ces dernières années prennent position en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois de révision et se montrent plutôt critiques de la jurisprudence du Conseil. Au premier rang des auteurs qui adoptent une telle position, il faut bien sûr placer Olivier Beaud, dont c'est le combat depuis de nombreuses années. Et si l'on peut comprendre qu'il ne se prenne pas lui-même en compte lorsqu'il évoque l'état de la doctrine constitutionnaliste française, il faut reconnaître qu'il en est l'un des représentants les plus écoutés et respectés, de sorte que l'on ne saurait ignorer le poids que revêtent ses (fréquentes) prises de position sur le sujet. On ne peut également manquer de citer une autre figure doctrinale très importante : Claude Klein, qui lui aussi écrit sur cette question depuis fort longtemps (en particulier depuis la sortie de son très beau livre sur la question du pouvoir constituant¹⁹) et qui défend une position plutôt favorable au contrôle de constitutionnalité des lois de révision. Mais ces deux grands auteurs ne sont pas isolés. Il est frappant d'observer que depuis plusieurs années, les quelques articles consacrés à cette question du contrôle de constitutionnalité des lois de révision ont presque tous consisté à défendre la thèse selon laquelle il existe bien des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, sur lesquelles le Conseil constitutionnel devrait veiller (de façon plus ou moins intense).

Certes, il est assez naturel que depuis 2003, ce soient les auteurs favorables au contrôle de constitutionnalité des lois de révision qui se soient manifestés, puisque leurs adversaires pouvaient se reposer sur les lauriers de la victoire que leur avait offerte le Conseil constitutionnel. Mais la quasi-unanimité des prises de position ne doit pas être sous-estimée, en particulier parce qu'elle est essentiellement l'œuvre de la jeune génération des constitutionnalistes²⁰.

¹⁹ Claude Klein : *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1995

²⁰ On peut citer par exemple Xavier Magnon : « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC* 2004/3, n°59, pp. 595-617. ; Jean-Philippe Derosier : « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008/4, n° 76, pp. 785-795 ; Joël Andriantsimbazovina et Hélène Gaudin : « Le droit européen impose-t-il le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27, janvier 2010 ; ou Édouard Dubout :

2.3. En réalité, la position de la doctrine française peut être qualifiée d'ambivalente. Il est certes possible que nombre de ses représentants se satisfassent de l'orientation prise par le Conseil constitutionnel et ne jugent donc guère utile de se manifester à nouveau. Mais il faut souligner que la jurisprudence du Conseil sur ce point est elle-même particulièrement ambiguë, puisqu'il rappelle systématiquement que le pouvoir de révision est souverain « sous réserve » des limites prévues dans la Constitution. Le fait que le Conseil s'estime incompétent pour examiner la régularité des révisions constitutionnelles ne l'empêche du reste nullement ni de les examiner à l'occasion²¹, quoique indirectement, ni de développer des jurisprudences qui pourraient un jour être mobilisées pour procéder à un réel contrôle²². En d'autres termes, le Conseil constitutionnel reconnaît bien l'existence de limites au pouvoir de révision – y compris d'ordre matériel (puisque l'alinéa 5 de l'art. 89 fait évidemment partie des dispositions mentionnées à ce titre) – mais il refuse, pour l'instant, de procéder à un tel contrôle.

De sorte que ce qui caractérise la position française, quant à ce problème du contrôle des lois de révision, est moins la négation de l'existence de limites à un pouvoir que l'on estimerait souverain, que le rejet d'un contrôle juridictionnel de celles-ci. Telle paraît être la principale explication aussi bien de la jurisprudence du Conseil que des positions doctrinales majoritaires : la peur du « gouvernement des juges » ou, pour le dire autrement, la méfiance très ancienne, en France, envers le pouvoir judiciaire. L'idée que le Conseil constitutionnel puisse empêcher une loi de révision adoptée par les 3/5^e de parlementaires (ou pire, par le peuple directement) est assez difficile à concevoir, politiquement. Les parlementaires y verraient probablement une usurpation et l'opinion publique sans doute une manœuvre politique ; quant au Conseil lui-même, il mettrait en péril l'une des plus efficaces de ses justifications : celle qui consiste à se présenter comme un « aiguilleur », ne s'opposant à aucune réforme politique sur le fond, mais orientant simplement les autorités vers la voie adéquate pour y procéder... Il dévoilerait ainsi le véritable pouvoir dont il dispose effectivement, du fait de son contrôle des lois ordinaires. Sans doute la façon dont on se représente encore son rôle, en France, rend difficile son opposition à des décisions politiques dont la procédure d'adoption est précisément pensée pour leur conférer une large

« “Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France” : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC* 2010/3, n°83, pp. 451-482.

²¹ X. Magnon : « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *op. cit.*

²² É. Dubout : « “Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France” : une supra-constitutionnalité ? », *op. cit.*

légitimité démocratique (référendum ou majorité qualifiée). Rien de bien nouveau, donc, sous le soleil.

3. Cependant, ces représentations du rôle de chacune des autorités constitutionnelles ne sont pas figées et sont susceptibles d'évoluer. L'installation progressive mais désormais bien acceptée du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires dans un pays longtemps rétif à ce type de mécanisme en constitue une belle illustration : les protestations de la classe politique française contre la jurisprudence du Conseil sont de moins en moins fréquentes, la procédure de la QPC fait désormais partie intégrante du paysage juridictionnel et politique, sans que personne ne s'en émeuve plus vraiment. Bref, les juges (constitutionnels, mais pas seulement) participent aujourd'hui activement au débat public et même à la définition des politiques publiques de façon de plus en plus assumée. Plus encore, la déconsidération dont la classe politique fait aujourd'hui l'objet auprès de l'opinion publique semble légitimer par avance, aux yeux de cette dernière, les cas dans lesquels les juges s'opposent aux réformes voulues par les gouvernants.

C'est pourquoi l'idée que le Conseil constitutionnel puisse un jour procéder au contrôle des lois de révision ne paraît en réalité nullement extravagante et les efforts doctrinaux des auteurs qui, depuis 2003, écrivent inlassablement pour justifier ce dernier pourraient bien être un jour récompensés. Cette question dépasse en effet de bien loin le seul cas français : les cours qui s'emparent de cette compétence sont de plus en plus nombreuses dans le monde et la littérature internationale sur la question ne cesse de se développer ; de sorte que rien n'interdit de penser que la France ne finisse par céder à cette vague, même si l'on peut douter que cela se fasse très prochainement.

Néanmoins, un tel revirement ne conduirait sans doute pas au bouleversement politique que d'aucuns redoutent (le fameux « gouvernement des juges ») : après tout, les cours constitutionnelles italienne et allemande, qui s'adonnent depuis des décennies à un tel contrôle, ne se sont jusqu'ici jamais aventurées à déclarer inconstitutionnelle une loi de révision – et il est probable que notre Conseil constitutionnel ne se montrerait guère plus audacieux. Cela ne signifie pour autant pas qu'un tel contrôle « platonique » soit totalement dépourvu d'effets : les juges constitutionnels, sans même sanctionner les lois de révision mais en développant une jurisprudence relative aux principes constitutionnels les encadrant, construisent un tissu de contraintes dont les autorités de révision doivent nécessairement tenir compte. Il est ainsi incontestable que les cours constitutionnelles qui se reconnaissent compétentes pour contrôler la constitutionnalité des amendements à la

constitution deviennent de ce seul fait de véritables acteurs de la procédure de révision constitutionnelle.

Tel n'est toutefois pas le seul changement que ce revirement produirait : il influencerait également à n'en pas douter sur la façon dont nous nous représentons le caractère obligatoire de la constitution – et donc le fondement ultime de nos ordres juridiques. Il existe en réalité deux manières de justifier l'obéissance due à la constitution : l'une de type « dynamique », l'autre de type « statique » (pour reprendre une distinction chère à Kelsen). Selon la première, la constitution est obligatoire parce qu'elle est l'œuvre du peuple ou de la nation souverain(e) ; selon la seconde, elle n'a ce caractère que dans la mesure où elle est le réceptacle de principes qui expriment les valeurs les plus consensuelles au sein de la société. Ces deux types de justifications cohabitent bien entendu dans nos sociétés : elles expriment tout simplement le versant démocratique et le versant libéral du constitutionnalisme contemporain. Toutefois, il semble que le rôle croissant des cours (qu'elles soient constitutionnelles, européennes ou internationales) s'accompagne d'un lent glissement du premier au second type de justifications, tout simplement parce que celui-ci est plus adéquat à cette évolution institutionnelle que celui-là.

À n'en pas douter, un contrôle des lois de révision accrédirait donc encore davantage l'idée que la constitution doit être respectée non pas seulement parce qu'elle est adoptée par une autorité souveraine présentée comme incontestable, mais aussi parce qu'elle serait porteuse de valeurs suffisamment partagées pour être elles aussi incontestables, de sorte que leur réalisation comme leurs évolutions ne devraient plus être laissées à la discrétion des représentants : leur garantie devrait, au contraire, être confiée aux cours. Il ne s'agit ni de se réjouir, ni de regretter ces mutations dans l'ordre des représentations, mais de les constater (et éventuellement de les décrire) en tant qu'elles accompagnent le développement du pouvoir des juges, en France comme ailleurs.

BICAMÉRISME ET STRUCTURE DE L'ÉTAT

Julien BOUDON*

Le titre initial de la conférence est « Bicamérisme et structure de l'État ». Il mérite cependant d'être précisé à deux égards : d'une part je ne vais pas m'intéresser au bicamérisme en général mais à la chambre haute des Parlements bicaméraux ; d'autre part je ne vais pas discuter de tous les États mais uniquement de ceux qui ont une structure fédérale. Au fond, je veux tester devant vous un des lieux communs de la doctrine juridique française et au-delà, selon lequel le bicamérisme s'impose dans les Fédérations parce que la chambre basse représente la population mais que la chambre haute représente les entités fédérées.

La présente intervention pourrait articuler trois enquêtes. La première porterait sur le lien obligatoire entre bicamérisme et fédéralisme, la seconde sur la représentation assurée par la chambre basse, la troisième sur la représentation assurée par la chambre haute. S'agissant du premier aspect, on acceptera l'affirmation selon laquelle toute Fédération est dotée d'un Parlement bicaméral. On compte près de trente Fédérations de par le monde et il faut bien constater que toutes ont un Parlement bicaméral. Une seule exception est à relever : le Venezuela est une Fédération (article 4 de la Constitution de 1999) mais son Parlement est réduit à une chambre, l'Assemblée nationale (article 187). On comprend ici que le bolivarisme révolutionnaire bouleverse toutes les traditions constitutionnelles et que la faveur pour le monocamérisme l'emporte sur la structure fédérale. *Mutatis mutandis*, on peut établir une analogie avec la préférence des républicains français pour le monocamérisme, une préférence indifférente à la forme de l'État (unitaire). Dans les autres Fédérations que le Venezuela, la raison

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

principalement avancée pour justifier l'existence du bicamérisme – selon laquelle c'est une question de représentation qui est au cœur du choix bicaméral – mériterait d'être nuancée ou contestée. On embrasse le bicamérisme pour de nombreux autres motifs, par exemple la perfection technique de la législation ou la balance au sein même de l'organe législatif pour éviter les lois liberticides. Mais peu importe ici : je me focaliserai sur ce que représenter veut dire ou est supposé dire dans les Parlements bicaméraux des Fédérations.

Le deuxième aspect abordé dans ce propos liminaire tient à la représentation assurée par la chambre basse dans une Fédération. Il est soutenu que c'est le peuple qui serait représenté. En réalité, peu importe ici que l'on se place dans une Fédération ou dans un État unitaire, peu importe encore que le Parlement soit monocaméral ou bicaméral : il est tout simplement insoutenable d'affirmer que le peuple existe et *a fortiori* qu'il soit représenté par n'importe quel organe étatique. Le peuple est une hypostase à la fois utile et dangereuse : il est bon d'incarner la souveraineté, ici dans un être collectif, mais à la condition d'être persuadé de son caractère abstrait et de la fiction sur laquelle repose la construction et l'attribution de la souveraineté. En droit, il n'y a que des électeurs dont la somme ne forme pas le peuple : celui-ci est insaisissable.

Cette dimension du sujet justifierait un traitement à part. Pour l'heure, la seule ambition est d'évaluer cette assertion selon laquelle, dans une Fédération, la chambre haute représente les entités fédérées, les États fédérés, les provinces, les cantons, les Länder, etc. Il est tentant de présenter les choses ainsi puisque, on l'a dit, toutes les Fédérations ou presque ont un Parlement bicaméral, tandis que les États unitaires se partagent entre monocamérisme et bicamérisme. Pour autant, une investigation approfondie démontre que la chambre haute ne saurait apparaître toujours comme la chambre des États fédérés. Autrement dit, l'analyse doit être affinée et il faut distinguer selon les Fédérations. Deux types de dispositions peuvent nous servir : d'une part la composition de la chambre haute, que l'on ferait mieux d'appeler première chambre, comme aux Pays-Bas, ce qui permettrait de rompre avec le modèle aristocratique de Westminster ; d'autre part le mode de votation au sein de la chambre haute.

I. LA COMPOSITION DE LA CHAMBRE HAUTE

Il ne sera pas ici question du mode de scrutin utilisé pour désigner les membres de la chambre haute dès lors qu'ils sont élus au suffrage universel. Le fédéralisme n'est pas impliqué dans le choix du scrutin majoritaire ou de

la représentation proportionnelle, ou dans une combinaison des deux. Tout au plus peut-on constater une homogénéité entre les deux chambres : si la chambre basse est élue au scrutin majoritaire, la chambre haute l'est aussi ; de même en cas de préférence pour la représentation proportionnelle. Rares sont les contre-exemples : la France ne l'est qu'en partie du côté des États unitaires (car les sénateurs sont élus pour partie au scrutin majoritaire et pour partie à la représentation proportionnelle), le Mexique aussi du côté des Fédérations (article 56 de la Constitution de 1917).

Si l'on en reste aux chambres hautes des Fédérations, on s'aperçoit que leurs membres sont élus principalement de deux manières. Soit ils le sont directement par le peuple, ou plutôt les électeurs. Tel est le cas au Mexique, en Australie, au Brésil, en Argentine, au Canada, aux États-Unis, au Nigéria. Soit ils sont élus par les assemblées des États fédérés : telle était la situation aux États-Unis jusqu'au XVII^e amendement de 1913, c'est la situation actuelle en Autriche, en Belgique, en Inde, en Malaisie, au Pakistan à la condition de tenir compte d'une minorité de personnalités qualifiées cooptées ou désignées par l'organe exécutif qui s'ajoutent aux membres élus. Ainsi, l'article 80 de la Constitution indienne de 1949 ajoute 12 personnalités qualifiées nommées par le Président de la Fédération aux 238 membres élus dans les États et Territoires de l'Union.

Évidemment, des cas particuliers doivent être réservés. La Suisse est sans doute la plus respectueuse des prérogatives des entités fédérées : aux termes de l'article 150 de la Constitution de 1999, il appartient aux cantons de fixer les règles relatives à la désignation des députés au Conseil des États, sachant que chaque canton a droit à deux députés, sauf les plus petits qui n'ont droit qu'à un. (Cette règle semi-proportionnelle s'applique également en Allemagne et en Autriche, ce qui distingue un fédéralisme germanique.) Il est symptomatique que ces députés soient dits « députés des cantons » : une telle précision manifeste clairement que les députés sont des délégués des cantons à la chambre haute fédérale. Sans doute peut-on y voir un vestige de l'origine confédérale de la Suisse qui est toujours officiellement, on le sait, une Confédération. On pourrait aussi faire un sort particulier à la Belgique : l'article 67 de la Constitution de 1994 est terriblement complexe puisque les sénateurs sont élus pour partie par les Parlements des régions et pour partie par les Parlements des communautés linguistiques, tandis qu'une minorité d'entre eux est cooptée par les membres élus. Là encore, le droit constitutionnel révèle sa plasticité et son adaptation à un pays particulier : le conflit larvé entre la Flandre et la Wallonie est à la fois géographique et linguistique, sans oublier la communauté germanophone qui est d'ailleurs dotée d'un sénateur.

Mais il y a plus original encore, or les exemples en cause ne sont pas des moindres : il s'agit de l'Allemagne et de la Russie. Selon l'article 51 de la Loi fondamentale allemande de 1949, les membres du Bundesrat sont des membres des gouvernements des Länder qui les nomment et les révoquent. Quant à l'article 95 de la Constitution russe de 1993, il dispose que le Conseil de la Fédération comprend deux représentants de chaque « sujet » ou composante de la Fédération : un représentant de l'organe législatif et un représentant de l'organe exécutif.

Première remarque : on relève l'extrême diversité des solutions juridiques concernant la composition des chambres hautes dans les Fédérations. D'un point de vue externe, ce n'est pas très favorable à l'idée univoque selon laquelle les chambres hautes représenteraient les entités fédérées. Deuxième remarque : certaines solutions discréditent totalement l'opinion commune, tandis que d'autres la confortent. Toutes les fois où les membres de chambre haute sont élus directement par les électeurs, même si la circonscription électorale est l'entité fédérée, même si la Constitution fédérale indique que chaque entité fédérée a un nombre de membres égal à celui de ses homologues, il paraît difficile d'ériger ces « sénateurs » en représentants de l'État fédéré au sein de la chambre haute fédérale. Ils ne représentent pas tant l'État en tant que tel que le peuple de cet État. Bien sûr qu'ils auront à cœur de défendre les intérêts de l'État qui les ont élus, ne serait-ce que pour espérer être réélus, mais ils ne sont pas fondés de pouvoir de l'État fédéré en tant que structure ou réseau d'institutions. Autrement dit, ils ne représentent pas la volonté des organes de l'État fédéré, ils n'en sont pas le prolongement au niveau fédéral. Les États-Unis l'illustrent parfaitement, peut-être même dès avant 1913 mais en toute hypothèse au moins depuis 1913 : les sénateurs du Texas, de Wyoming, de la Pennsylvanie, de la Californie pèseront pour que leur État d'origine (au sens de l'origine électorale) soient destinataires de crédits fédéraux pour construire des routes, des aéroports, des écoles, des usines mais ils ne sont pas le relai institutionnel de l'État fédéré au Sénat fédéral. La différence est éclatante avec l'Allemagne ou la Russie : dans ces deux pays, le masque tombe parce que ce sont bien les organes en tant que tels de l'entité fédérée qui sont représentés dans la chambre haute et qui en sont les porte-voix.

La Constitution russe est avare de détails, il faut la compléter par les lois fédérales. Le site internet (en anglais) du Conseil de la Fédération indique que la loi fédérale N192-FZ du 5 décembre 1995 a été remplacée par une autre loi fédérale N113-FZ du 5 août 2000. Celle-ci dispose que le représentant de l'organe délibérant est proposé par le président de la Chambre locale ou à tour de rôle par les présidents des Chambres si le Parlement régional est bicaméral. Une candidature alternative peut être présentée si elle est soutenue par au

moins un tiers des membres de la Chambre. Dans tous les cas, le choix doit être approuvé par la Chambre, voire par le Parlement. Quant au représentant de l'organe exécutif, il est désigné par un décret du chef de l'exécutif régional à la condition d'obtenir le soutien des deux tiers des membres de la Chambre ou du Parlement. En réalité, comme me l'a indiqué très aimablement Mme Marie-Elisabeth Baudoin, le droit constitutionnel russe a connu deux évolutions majeures dans les années récentes. D'une part une révision constitutionnelle du 21 juillet 2014 a institué des sénateurs à vie, nommés par le Président de la Fédération de Russie à la condition que leur nombre ne dépasse pas 10 % de l'ensemble des membres de la Chambre haute. Il semblerait que le président Poutine n'ait pas usé de cette faculté. D'autre part deux lois fédérales des 14 février 2009 (n° 21) et 3 décembre 2012 (n° 229) se sont ajoutées. Seule la première nous intéresse ici : elle dispose que le représentant désigné par l'organe délibérant doit être membre de cet organe, tandis que le représentant de l'organe exécutif est proposé par le candidat à la tête de l'exécutif local au moment de l'élection populaire ou au moment de la nomination par le parlement local (une liste de trois noms est proposée par le candidat : c'est le premier qui siège au Conseil de la Fédération).

En revanche, la Loi fondamentale allemande est plus bavarde : chaque Land se voit attribuer un certain nombre de délégués selon sa démographie, or ces délégués ne sont pas seulement nommés par le gouvernement du Land, ils en sont membres (« *Mitglieder* »). Bien souvent en Allemagne, le ministre-président du Land et les titulaires des postes régaliens sont désignés pour représenter le Land au Bundesrat. Pour l'Allemagne, mais presque pour elle seule, la conclusion est nette : le Bundesrat est la chambre des Länder ou plutôt celui des gouvernements des Länder. Le site internet du Bundesrat emploie l'expression « *Parlament der Länderregierungen* ». Ici il faut souligner que la Loi fondamentale de 1949 s'est largement inspirée de la Constitution de Weimar de 1919 : le Reich était une République fédérale dont le Parlement était composé de deux chambres, le Reichstag et le Reichsrat. L'article 60 de la Constitution de Weimar pouvait affirmer nettement : « Un Reichsrat est formé pour représenter les Länder allemands dans la législation et l'administration du Reich ». Comme ce sera le cas en 1949, les Länder avaient une représentation au Bundesrat calculée selon leur démographie (avec un plancher et un plafond). Surtout, l'article 63 de la Constitution de Weimar soulignait que les Länder étaient représentés au Bundesrat par les membres de leurs gouvernements. Une grande continuité constitutionnelle est donc perceptible : après la Première guerre mondiale comme après la Seconde, il est entendu qu'en Allemagne la chambre haute fédérale représente sans ambages les Länder et plus exactement encore les gouvernements des

Länder. On fera ici la même remarque qu'au sujet de la Suisse : le passé confédéral de l'Allemagne a laissé des traces dans ses institutions actuelles.

La position intermédiaire est donc celle des Fédérations où les « sénateurs » sont élus par les assemblées des États fédérés : tout dépend alors du lien organique entre le délégué et les assemblées locales. La Constitution autrichienne de 1920 prend soin de préciser, à son article 35, que les délégués ne sont pas nécessairement des membres du parlement fédéré. Cette Constitution est passionnante pour d'autres raisons : la présidence du Conseil fédéral est tournante et il est expressément prévu que les chefs des gouvernements des Länder puissent assister aux séances s'ils le souhaitent. Contrairement à l'Allemagne, les gouvernements ne sont pas représentés *ès qualité* mais ils sont néanmoins associés aux travaux de la chambre haute. Quant à la présidence tournante, elle est prévue à l'article 36 de la Constitution autrichienne : chaque Land l'assume à tour de rôle tous les six mois. En Allemagne aussi, une telle disposition existe sans qu'elle soit de nature constitutionnelle : c'est un accord des ministres-présidents conclu en 1950 à Königstein im Taunus qui a opté pour une présidence tournante chaque année. Une nouvelle fois, on constate la proximité entre les solutions constitutionnelles en Allemagne et en Autriche : l'institution d'une présidence tournante est typique d'une Confédération plus que d'une Fédération (même si la Confédération germanique ne respectait pas ce principe).

Cependant, la question cruciale est celle de l'exercice du vote au sein de la chambre haute. Il permet de savoir si celle-ci représente ou non les entités fédérées.

II. L'EXERCICE DU VOTE AU SEIN DE LA CHAMBRE HAUTE

Dans l'immense majorité des Fédérations étudiées, le droit de vote est personnel, c'est-à-dire que chaque membre de la chambre haute dispose d'une voix et qu'il se prononce en son âme et conscience. Quel que soit le mode de désignation des sénateurs, y compris s'ils sont nommés par les assemblées des États fédérés, ils détiennent un mandat « représentatif », selon le mot reçu en français depuis 1789. L'article 1, section 3, clause 1 de la Constitution des États-Unis de 1787 y insiste : si deux sénateurs sont élus par État, chaque sénateur est titulaire d'une voix. Une précision semblable se trouve à l'article 54 de la Constitution argentine, à l'article 22 de la Constitution canadienne ou à l'article 23 de la Constitution australienne. Le plus souvent, il n'est pas nécessaire de l'indiquer aussi nettement car il va de soi que le vote se fait par tête et non par État (ou par ordre comme sous l'Ancien Régime en France).

On notera au passage qu'aux États-Unis, dans l'hypothèse où le Président devrait être élu par le Chambre des représentants, chaque État ne dispose que d'une voix, chaque délégation devant se mettre d'accord sur un nom, tandis qu'une telle exigence n'existe pas au Sénat lorsqu'il doit désigner un Vice-président toutes les fois où la majorité absolue ne serait pas atteinte au sein du collège électoral. Pourquoi cette différence ? On pourrait croire que les Pères fondateurs considéraient que les deux sénateurs représentaient véritablement leur État d'origine à un moment où ils étaient élus par les législatures fédérées. Mais le véritable motif de cette différence se trouve dans l'idée d'égalité : les constituants ont voulu mettre en place une stricte égalité entre les États, or elle existait déjà au Sénat et il fallait la provoquer à la Chambre. Pour autant, il serait approximatif d'affirmer que les États ont droit à tant de représentants ou qu'ils se voient accorder tant de voix à la Chambre des représentants ou au Sénat ; les membres du Congrès ne sont pas les représentants de l'État dans lequel ils ont été élus même lorsque la Constitution organise l'égalité de suffrage entre des États bornés au rôle de circonscriptions électorales. On donnait l'assurance aux petits États que leur sensibilité serait prise en considération : cela ne signifie pas que les sénateurs en général ou que les membres de la Chambre de manière exceptionnelle soient des représentants de l'État considéré.

Dans l'immense majorité des cas, les membres des chambres hautes ne votent pas au nom des États fédérés : ils ne sont pas leurs mandataires ou leurs représentants. Il peut parfaitement arriver que tel vote contre les intérêts ou la volonté de son État d'origine, non pas parce qu'il se trompe sur la substance de ces intérêts ou sur le sens de cette volonté, mais tout simplement parce qu'il estime en conscience qu'il est membre d'une assemblée *fédérale* et qu'il est au service de l'ensemble de l'Union. De toute façon, et on touche là au rôle réservé à la chambre haute d'une Fédération, nombre de débats et de décisions ne concernent pas directement l'intérêt d'un État fédéré ou d'un autre. Autoriser la ratification d'un traité international, consentir à une nomination présidentielle ou concourir à la destitution d'un agent fédéral opposent rarement et frontalement un ou des États à l'Union tout entière. Pour mieux appréhender la situation commune dans les Fédérations, il suffit de se tourner vers l'Allemagne. Sous réserve de la Russie, mal connue, c'est le seul pays qui rompe franchement avec le vote personnel des membres de la chambre haute des Fédérations.

En effet, l'article 51 de la Loi fondamentale articule deux séries de dispositions qui définissent le mandat des membres du Bundesrat. La première tient à l'existence même du mandat : non seulement, les membres du Bundesrat sont nommés par les gouvernements des Länder (auxquels ils appartiennent) mais ils sont aussi révoqués par eux. La disposition est

nécessaire dans la mesure où le Bundesrat est le parlement des gouvernements des Länder : à l'issue des élections régionales, et notamment si la majorité change de couleur, le nouveau gouvernement doit pouvoir remplacer les représentants du Land au Bundesrat de l'ancienne équipe ministérielle. Or la révocation *ad nutum* par le commettant est un critère solide permettant d'identifier le mandat impératif, celui qui pesait sur les députés aux États Généraux en France avant 1789 ou sur les membres du Congrès confédéral des États-Unis en 1777. En vertu de l'article V des Articles de la Confédération, les États américains désignaient des délégués chaque année et avaient le pouvoir de les destituer (*recall*) à leur guise. Autrement dit, les membres du Bundesrat reçoivent des instructions de la part de leurs gouvernements et ils sont contraints de les suivre, faute de quoi ils seront révoqués. C'est bien pour réduire tout risque d'écart entre la volonté du commettant et celui du commis que la Loi fondamentale décide que les membres du Bundesrat seront des membres des gouvernements des Länder.

La deuxième indication livrée par l'article 51 de la Loi fondamentale est que les délégués des Länder votent en bloc : « Les voix d'un Land ne peuvent être exprimées que globalement ». On l'a dit, comme en Autriche ou en Suisse, les Länder allemands ne sont pas placés sur un pied d'égalité : en fonction de leur population, ils sont dotés de trois à six voix au Bundesrat. La proportion est la même en Suisse (chaque canton dispose d'un ou deux sièges aux termes de l'article 150 de la Constitution), elle est plus élevée en Autriche (le nombre fluctue de trois à douze selon l'article 34 de la Constitution). Les Länder les plus peuplés sont donc modérément avantagés. Mais l'essentiel pour notre propos est ailleurs : quel que soit le nombre de voix attribué aux Länder, leurs délégations se prononcent de manière uniforme. Les trois, quatre, cinq ou six voix de chaque Land vont dans le même sens, ce qui est cohérent avec la solidarité ministérielle qui prévaut pour chaque gouvernement de Land. La différence entre l'Allemagne et les États-Unis est incontestable, alors que nombre d'auteurs les placent dans la même catégorie de Fédération : en Allemagne, les Länder n'ont pas le même nombre de délégués, aux États-Unis, deux sénateurs sont alloués à chaque État ; en Allemagne, les délégués votent de façon homogène, tandis que les deux sénateurs américains – qui ne sont pas en principe élus en même temps – ne sont pas obligés de s'entendre pour parler d'une même voix. Pourquoi ? Parce qu'ils ne représentent pas l'État, à l'inverse des délégués allemands qui se font l'écho des Länder et plus précisément encore des gouvernements des Länder. On soulignera que l'article 51 de la Loi fondamentale ne parle pas tant de « membres du Bundesrat » que de « voix au Bundesrat » : de la sorte, on met l'accent sur le foyer d'unité qu'est le Land. Insister sur les « membres » du Bundesrat renverrait à une singularité, celle de chaque membre du

Bundesrat, se contenter des « voix » accordées à chaque Land va de pair avec le vote global émis par les délégués du Land au Bundesrat. La conclusion est sans surprise : le Sénat fédéral américain ne représente pas les États fédérés (*States*) ou les organes des États fédérés, tandis que le Bundesrat allemand représente sans conteste les Länder ou les gouvernements des Länder.

Nous en arrivons donc à la proposition doctrinale suivante : les chambres hautes dans les Fédérations ne peuvent apparaître comme les représentantes des entités fédérées en tant que telles, c'est-à-dire de leurs organes, qu'à la condition que deux critères soient satisfaits. D'une part leurs membres sont nommés par des institutions des entités fédérées et non par les électeurs directement (on laisse de côté la question de savoir si l'électorat ne pourrait être érigé en organe de l'État : c'est un organe qui n'est pas doué de permanence ou plutôt qui n'est appelé à s'exprimer qu'épisodiquement). D'autre part leur droit de vote est contraint et un véritable mandat impératif pèse sur eux. Par voie de conséquence, il semble que seule l'Allemagne corresponde à ce type de représentation, peut-être aussi la Russie. En tout cas, il y a lieu de distinguer selon les Fédérations et selon les fédéralismes : le Sénat américain « rend présent » la population ou l'électorat de chaque État ; malgré la règle d'égalité dans l'attribution des sénateurs (deux par État quel que soit sa démographie), ils ne relaient pas la volonté institutionnalisée du *State*. C'est l'inverse en Allemagne : les électeurs ne désignent pas directement les membres du Bundesrat, lesquels représentent la volonté et les intérêts des Länder à Berlin. Mais peut-être que la notion même de représentation n'est plus ici pertinente, ainsi que l'a suggéré Luc Heuschling en marge du colloque d'Hiroshima : les délégués de chaque Land au Bundesrat ne « représentent » pas ce Land, ils sont l'incarnation du Land via son organe exécutif.

À PROPOS D'UN GROS MOT : LA « DOMOCRATIE LOCALE »

Christophe CHABROT*

La démocratie est un grand mot, qui recouvre plusieurs figures, plusieurs techniques. Pouvoir du « démos », qu'il ne faut pas confondre avec le « laos », le peuple en entier, elle fonde l'exercice des responsabilités politiques sur différentes procédures qui traduisent les valeurs qui s'attachent à ce système politique : élection des dirigeants responsables directement ou indirectement devant les électeurs, avec tous les droits qui s'attachent au processus électoral (liberté de candidature, d'expression, d'aller et venir, égalité des voix, transparence etc.), exercice du pouvoir selon les lois et dans le respect de droits fondamentaux, contrôle des actes par divers organes et notamment par des juges, etc.

Sans doute ce système démocratique n'est pas accompli dans les mêmes conditions ni au même niveau selon les différents pays. Le contrôle de constitutionnalité était très incomplet en France avant d'y intégrer en 1971 la protection des droits fondamentaux référencés dans le préambule de la Constitution, ou depuis 2010 la QPC assurant la vérification des lois promulguées. De même certaines démocraties peuvent devenir « illibérales »¹, donnant un pouvoir autoritaire et limitant les droits individuels au nom de la légitimité électorale. Bref, si la définition même de démocratie

* Maître de conférences de Droit public, Centre Droits, Contrats, Territoires (EA 4375), Faculté de Droit Julie-Victoire Daubié, Université Lumière-Lyon 2 / Université de Lyon.

¹ Concept popularisé par F. Zakaria (« *The Rise of Illiberal Democracy* », rev. *Foreign Affairs*, nov.-déc. 1997 <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>), et développé notamment par P. Rosanvallon (<https://www.asmp.fr/travaux/communications/2001/rosanvallon.htm>, consulté le 1er.09.2018).

peut encore porter à réflexion² et si le chemin démocratique, qui ne saurait s'arrêter à la démocratie majoritaire, présente toujours un horizon qui recule³, il est possible de poser comme substrat que la démocratie vise à soumettre le Pouvoir à son destinataire, au Peuple souverain qui lui a délégué sa puissance.

Mais peut-on alors parler, dans cette approche, de « démocratie locale » comme lieu d'extension de la démocratie nationale ? Comme toute démocratie à laquelle on accole un adjectif, comme la démocratie sociale ou environnementale, il apparaît au contraire que cette « démocratie locale » semble pour certains un « gros mot », ou au contraire un « petit mot » devant céder devant la Démocratie, œuvre du Peuple. Si tant est que sa définition soit précisée, et alors qu'elle est souvent confondue avec une simple démocratie participative de proximité, elle est ainsi souvent crainte et déniée, ou considérée comme un gadget, parfois purement symbolique, quand elle n'est pas tout simplement instrumentalisée par les élus locaux.

Le titre de cette communication vient d'ailleurs d'une expérience assez symptomatique. Je voulais organiser en avril 2017 une soirée thématique sur *La démocratie dans la métropole de Lyon* avec un responsable d'un service métropolitain en charge de la prospective urbaine. Je devais y présenter les mécanismes de *La démocratie représentative locale*, quand cette personne devait aborder le sujet de *La démocratie participative métropolitaine*. Finalement, sous l'influence de certaines instances politiques supérieures, il a été jugé préférable de modifier cette soirée ré-intitulée *Les dispositifs démocratiques de la Métropole de Lyon*, mon partenaire intervenant désormais pour y présenter *La participation citoyenne dans la métropole*. C'est en effet sous cette appellation officielle de « participation citoyenne » que se rangent aujourd'hui à Lyon les mécanismes faisant intervenir les habitants, de peur que les notions de « démocratie locale » ou de « démocratie participative » fassent naître des espoirs de pouvoir décisoire reconnu aux citoyens locaux pouvant venir concurrencer le pouvoir légitime des élus. L'anecdote est d'autant plus révélatrice que la métropole de Lyon promeut par ailleurs une volonté de s'ouvrir à l'intégration des habitants, que ce soit par la création d'un Conseil de développement non prévu par la loi et associant dans une assemblée 200 membres représentant la société dite civile, par la création d'une association assurant un lien avec les citoyens et les

² V. A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 87, no. 3, 2011, pp. 453-464.

³ Pensons notamment aux notions de « démocratie continue » du Pr D. Rousseau, de « démocratie participative », de « démocratie administrative » du Pr C. Testard, ou de « démocratie intégrale » dans la Société des Egaux du Pr P. Rosanvallon ou de certains radicaux.

entrepreneurs pour « co-construire la ville de demain »⁴, ou par diverses consultations sur les politiques locales.

Sans doute cette minoration de la démocratie locale vient d'un réflexe déjà analysé par Thucydide⁵ ou Montesquieu⁶. Sur une base tant psychologique que par effet de système, les détenteurs du pouvoir rechignent souvent à le partager de peur de le perdre⁷. Les réticences manifestées par les parlementaires lors des débats sur l'adoption de la loi du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité qui a notamment créé les conseils de quartier, ou des lois de 2003 et de 2004 sur le référendum et la pétition au niveau local, que j'avais analysées dans notre séminaire de Montpellier en 2006⁸, sont ici très symptomatiques. Mais la cause doit également être cherchée dans le système juridique lui-même et dans la propre notion de démocratie locale.

Car en effet, faut-il l'avouer par honnêteté intellectuelle, la démocratie locale n'est pas à véritablement parler une « démocratie ». Mais s'il est difficile de consacrer ainsi une démocratie locale au sens juridique et politique du terme, cela n'empêche pas de mettre en évidence la réalité d'un système démocratique local qui répond plus exactement au concept de « domocratie », dont les ressorts reposent sur des fondements et mécanismes spécifiques.

I. LA DÉMOCRATIE LOCALE N'EST PAS UNE DÉMOCRATIE

L'aveu est surprenant. Surtout de ma part, qui milite clairement pour une revalorisation de la démocratie au niveau local. Mais il s'inscrit pourtant clairement dans la suite de mes travaux sur ce thème et ne me contredit finalement pas. Ceci d'autant que, sans vouloir défendre un concept finalement infondé en droit, il est possible de tirer meilleur parti encore de ce constat et des contraintes qu'il induit pour renforcer paradoxalement le pouvoir des citoyens locaux. En tout état de cause, il faut constater que le système démocratique au niveau local n'est pas fondé sur un « démos »

⁴ Association Tubà (<http://www.tuba-lyon.com>) installée sur un espace de plus de 100 m² et se définissant comme un laboratoire d'expérimentations démocratiques, par le biais d'ateliers participatifs, d'hackathons et autres manifestations liant décision politique et interventions des habitants.

⁵ « Tout homme tend à aller jusqu'au bout de son pouvoir ».

⁶ « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites ».

⁷ V. aussi G. Ferrero *Pouvoirs. Les génies invisibles de la Cité*, Livre de Poche, ed. Biblio-Essais, 2^e ed. 1988

⁸ « Les réformes de la démocratie locale en France » in Actes du 7^{ème} séminaire franco-japonais de Droit public, Montpellier, 21-22 septembre 2006, ed. Presses universitaires de Montpellier-Moniteur.com, nov. 2007, pp.189-202

politique, les autorités locales n'étant que des administrations qui reposent alors sur une seule démocratie *administrative*.

A. – *Le « demos » n'est pas local*

Qu'est-ce que le « demos » de la démocratie ? Il est le représentant du Peuple politique chargé d'exprimer la volonté de ce Souverain⁹.

Or lors d'une élection locale, ce n'est pas le « demos » qui s'exprime dans chacun des scrutins locaux, ce n'est pas le Souverain dans son entier qui choisit tel conseil municipal, départemental ou régional. Car le Souverain ne peut être que national, et une élection locale n'est donc pas une élection mettant en jeu le Souverain. C'est ce qu'a d'ailleurs affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°76-71 DC du 31 décembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct : « *la souveraineté ... tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République* ». Il a ainsi dénié l'expression de la souveraineté nationale à cette assemblée européenne composée d'autres représentants des Etats membres de la Communauté, mais aussi à rebours aux assemblées locales, qui n'expriment aucunement la volonté d'un supposé souverain local pas plus qu'elles ne sont chacune le lieu de l'expression nationale du Souverain français.

Le seul lien entre les élections locales et le Souverain se fait de manière indirecte, lorsque les élus locaux participent à la désignation des sénateurs, membres d'une assemblée du parlement qui « *participe à l'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁰. C'est sur cette base que le Conseil attribue aux élections locales le qualificatif de « politique », qu'il lie par définition en droit à l'expression du Souverain¹¹. Dès lors, ne peuvent selon lui participer à cette

⁹ Il faut rappeler ici que le « demos » n'est pas le Peuple mais bien un représentant du Peuple habilité à parler en son nom, les mineurs ou exclus du droit de vote qui font pourtant partie du Peuple (un temps les femmes et les militaires ou les condamnés) n'ayant pas le droit de participer aux votations qui en expriment la volonté. Dès lors, toute « démo-cratie » n'est par nature que représentative, les électeurs ne faisant que représenter ceux au nom de qui ils s'expriment. Sur la question, V. de l'auteur « Citoyenneté et Nationalité : de la fusion à la confusion ». rev. *Politeia*, 2018, pp.427-439 (<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02108492>). Tout l'enjeu politique réside alors dans la sélection de ce corps électoral, comme l'analyse bien P. Braud in *Le suffrage universel contre la démocratie*, ed. PUF 1980.

¹⁰ Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982 *Quotas par sexe*, complétée par sa décision n°92-308 DC du 9 avril 1992 *Traité de Maastricht*.

¹¹ Le Conseil constitutionnel dans ses décisions de 1976, 1982 et 1992 vues supra rattache en effet le qualificatif de « politique » aux élections ou représentations fondées sur *l'expression* du

élection d'élus locaux membres du collège sénatorial que les « nationaux » français composant le Souverain national.

Il faut toutefois noter la grossière erreur d'appréciation du Conseil, qui assimile ici les deux élections en jeu, et confond finalement *élection* locale et *fonctions* des élus locaux. En effet, si la désignation des sénateurs par les élus locaux relève bien d'une élection « politique » car permettant la constitution d'une assemblée chargée d'exprimer la volonté du Souverain, et peut donc être réservée aux seuls nationaux selon l'article 3 de la Constitution, ce n'est pas le cas des élections locales elles-mêmes qui ne font que désigner des autorités territoriales dont la plupart des fonctions débordent leur participation à ce collège sénatorial. En faisant remonter le caractère « politique » des élections sénatoriales à ces élections locales, le Conseil tire une conclusion hâtive, si ce n'est dogmatique. Du reste, le constituant l'a bien compris en révisant la Constitution par la loi constitutionnelle n°92-554 du 25 juin 1992 et y ajoutant un article 88-3 qui autorise le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales à condition que les élus locaux non français soient écartés des pouvoirs liés à l'exercice de la souveraineté et ne puissent donc exercer les fonctions de maires ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux pas plus qu'à l'élection des sénateurs eux-mêmes¹². Si donc certaines *fonctions* des élus locaux peuvent être liées au Souverain, et réservées alors aux seuls nationaux, *l'élection* locale elle-même ne relève pas du « politique » et peut intégrer les électeurs non nationaux.

Cet exercice de fonctions politiques par des organes administratifs n'est d'ailleurs pas inconnu en droit¹³. Les ministres sont bien des autorités administratives adoptant des actes administratifs sous le contrôle du juge administratif, mais ils exercent aussi des fonctions politiques lorsqu'ils interviennent individuellement dans le processus législatif (dépôt d'amendements par exemple), ou lorsqu'ils sont considérés comme membres du Gouvernement collégial qui « détermine et conduit la politique de la

Souverain national, le distinguant ainsi du qualificatif d'administratif qui concerne *l'exécution* de sa volonté. Nous reprendrons cette définition dans le cadre strict du raisonnement juridique, tout en admettant par ailleurs une approche plus ouverte et générale du « politique » comme lié à la gestion de la « cité », avec les choix de société qui s'y attachent.

¹² « Art. 88-3. - Sous réserve de réciprocité et selon les modalités vues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article »

¹³ V. par exemple H. Portelli « Les fondements administratifs d'un pouvoir politique », in rev. *Pouvoirs*, n°148 *Le Maire*, janvier 2014, p.5-14

Nation » (article 20 de la Constitution) en s'appuyant sur le parlement, représentant du Souverain. Au niveau local, le parrainage des candidats à une élection présidentielle par les élus locaux peut aussi se rattacher à une fonction politique, bien que non écartée pourtant par l'article 88-3 de la Constitution pour les élus locaux européens, tout comme peut-être l'exercice individuel ou collectif des pouvoirs publics par les conseils départementaux si l'Assemblée nationale venait à être illégalement dissoute, selon la loi dite Treveneuc du 15 février 1872¹⁴.

Finalement ce n'est donc pas le « démos » qui s'exprime lors de ces élections locales, en dépit de fonctions parfois politiques reconnues aux élus locaux, et ces élections ne sauraient donc être qualifiées de « démocratiques ». Car les électeurs sont en fait appelés à participer à ces scrutins locaux en tant... qu'administrés, dans le cadre d'une élection de nature administrative.

B. – Les élections locales sont administratives

Il faut le rappeler naïvement ici : les collectivités territoriales sont bien des personnes publiques administratives, assurant par leurs autorités administratives la gestion de compétences administratives par des actes administratifs sous le contrôle du juge administratif, quand bien même elles sont reconnues par la Constitution et que certaines fonctions ponctuelles des élus locaux peuvent relever du politique.

Dès lors puisque ces collectivités ne représentent aucunement en elles-mêmes le Souverain, aucune section du peuple ne pouvant s'attribuer l'exercice de la Souveraineté nationale selon l'article 3 de la Constitution, les élections chargées de désigner, sous le contrôle du juge administratif, leurs autorités ne sauraient être qualifiées que d'administratives, même si elles sont

¹⁴ Loi du 15 février 1872 telle que modifiée par la loi du 17 mai 2013 : « Art.1^{er} : Si l'Assemblée nationale... [vient] à être illégalement dissoute ou empêchée de se réunir, les conseils départementaux s'assemblent immédiatement, de plein droit... art.2 : Le conseil départemental pourvoira d'urgence au maintien de la tranquillité publique et de l'ordre légal. Art.3 : Une assemblée composée de deux délégués élus par chaque conseil départemental... se réunit dans le lieu où se seront rendus les membres du Gouvernement légal et les députés qui auront pu se soustraire à la violence... Art.4 : cette assemblée est chargée de prendre, pour toute la France, les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre... Elle pourvoit provisoirement à l'administration générale du pays ». Sur ce sujet, V. O. Pluen « La loi Treveneuc du 15 février 1872 : un régime d'exception oublié », in *Journal du Droit administratif* du 9 mars 2016 (<http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=88>).

souvent fortement « politisées »¹⁵, et ce au même titre que pour les universités ou les établissements publics de coopération intercommunale par exemple¹⁶.

La notion d'élection administrative peut toutefois paraître paradoxale ou relever en partie d'un oxymore¹⁷. En effet, l'administration au sens classique en France¹⁸ répond bien d'un principe démocratique, en étant soumise aux décisions des représentants du Souverain, mais ne repose pas elle-même sur un processus électif ou démocratique, bien au contraire. L'Administration est un service chargé de mettre en œuvre la volonté du Souverain et repose alors sur un système pyramidal culminant avec le Gouvernement responsable devant le Parlement dont il exécute les lois. Dès lors, c'est bien plutôt un commandement hiérarchique et descendant qui structure le système administratif, alors que la démocratie suppose un assentiment ascendant de la base vers le sommet. Les autorités et agents administratifs ne sont bien que des exécutants soumis aux autorités supérieures, et la plupart du temps nommés par celles-ci et responsables de leurs actes devant elles pour une bonne application de la loi.

L'administration locale ne fait pas exception. Si l'on peut distinguer les administrations déconcentrées, soumises à une hiérarchie remontant jusqu'au Gouvernement, et les administrations décentralisées territoriales distinctes de l'Etat et ne relevant que d'un pouvoir de contrôle, une même mission leur échoit : l'application de la loi et des règlements nationaux qui la développent dans le cadre des compétences qui leurs sont attribuées. Sous cet angle, et en forçant le trait, la décentralisation territoriale devrait même *ne pas* être démocratique, pour permettre un contrôle plus effectif de l'Administration centrale sur cette bonne exécution locale des lois dont elle est responsable¹⁹.

¹⁵ V. « Les élections administratives », de N. Kada, *RDP* n°2017-6, p.1487

¹⁶ Le doyen Favoreu distinguait toutefois ces deux types d'élections, la participation aux élections locales se faisant sur la base d'un statut général (la citoyenneté) et les autres élections administratives relevant d'un emploi ou d'un lien précis d'appartenance (l'inscription à l'université, intégration à un EPCI).

¹⁷ Sur ce sujet, v. C. Testard *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ coll. Thèses, coll. Bibliothèque de droit public, 2018, ou le dossier *Vers une démocratie administrative ? Des administrés aux citoyens*, *RFAP* n° 137-138, 2011 et notamment de B. Daugeron « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », p. 21-37, ou « Les deux conceptions de la démocratie administrative », de B. Faure, *RFDA* 2013-4 p.709 et le dossier attenant.

¹⁸ A rebours de la conception anglo-saxonne d'une administration par *agencies* sans doute plus encline à intégrer les destinataires des normes réglementaires dans le processus de leur élaboration, ou dont les procédures managériales peuvent mieux promouvoir le dialogue et la démocratie. Mais notons l'évolution française en la matière, étudiée notamment dans l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2012 sur les agences administratives.

¹⁹ V. de l'auteur « Démocratie et décentralisation : un couple platonique ? », *Civitas Europa* n° 11, 2003, pp.1-23.

Mais l'apparition puis la consécration d'administrations territoriales distinctes de l'Etat, les communes lors de la Révolution, les départements au XIX^e siècle²⁰ et les régions à la fin du XX^e siècle, s'est pourtant toujours accompagnée de mécanismes démocratiques, notamment pour l'élection des assemblées délibérantes.

L'origine de ces élections locales provient en partie du compromis avec les libéraux durant le XIX^e siècle, exclus du gouvernement national monopolisé par l'aristocratie mais obtenant progressivement ce terrain local de reconnaissance. Dans sa lutte contre la monarchie des campagnes, la III^e République a ensuite consacré ces élections locales pour en faire une « école de la démocratie ». Mais une autre explication justifie également ces élections locales, qui fait des collectivités des « sociétés de citoyens » reconnues par la Constitution du 3 septembre 1791²¹ et en charge de gérer leurs affaires, comme le rappellera à son tour le Manifeste de Nancy de 1865.

Il existe ainsi des « affaires locales » propres aux collectivités territoriales, qui ne relèvent pas de la mise en oeuvre de la volonté du Souverain et qui supposent dès lors une certaine autonomie de gestion et une démocratie locale renforcée. La constitution du 27 octobre 1946 consacrera cette idée sous le principe de « libre administration des collectivités locales », que l'on peut intégrer aujourd'hui dans un concept plus large que j'appelle ici la « domocratie ».

II. LES FONDEMENTS DE LA « DOMOCRATIE » LOCALE

La démocratie locale ne consiste pas seulement en l'application locale des principes de la démocratie nationale. Car il existe cette différence fondamentale étudiée plus haut : il ne s'agit pas au niveau local d'exprimer et de mettre en oeuvre la volonté du Souverain. Plus exactement, si les administrations locales sont bien appelées à exécuter la loi, elles ont aussi en

(https://www.researchgate.net/publication/323686453_Democratie_et_decentralisation_un_couple_platonique).

²⁰ Pensés au commencement comme une simple répartition de l'administration nationale, les départements créés en 1790 et structurés autour du préfet par la loi du 28 pluviôse an VIII voient leur personnalité juridique déniée par le Conseil d'Etat (arrêts du 20 novembre 1817 et du 15 octobre 1817), avant de l'obtenir progressivement au cours du XIX^e siècle notamment avec les lois du 21 mars 1831, du 22 juin 1833, du 18 juillet 1837 et du 10 mai 1838, avant leur consécration par la loi du 10 août 1871.

²¹ Art.8 du Titre II : « Les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leurs réunions dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes forment les Communes... art.9 : Les citoyens qui composent chaque commune ont le droit d'élire à temps... ceux d'entre eux qui, sous le titre d'Officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune ».

charge la gestion d'affaires locales de leurs compétences au profit de leurs administrés. Mieux, comme la démocratie nationale est fondée sur l'intérêt général du Souverain qui se gouverne lui-même, la démocratie locale est appelée à son tour à gérer les intérêts propres aux populations locales, aux administrés, dans le cadre des attributions des collectivités territoriales décidées par le Souverain. Cette démocratie de proximité se fonde alors non pas sur le « démos », sur le *Peuple*, mais sur les *habitants*, sur les administrés résidents reconnus dans leurs droits à gérer eux-mêmes leurs affaires. Au niveau local, il ne saurait être question de « démo-cratie » mais de « domo-cratie », de « domus » l'habitation, la résidence, et de « kratos », le pouvoir. Il est ainsi préférable de parler ici²² de domocratie comme étant ce pouvoir reconnu aux habitants de se gérer eux-mêmes, dans le cadre des compétences relevant de l'administration locale et selon des procédures et des processus de décision pouvant être spécifiques.

A. – Une domocratie liée aux compétences locales propres

Si les administrations locales sont en charge de l'exécution des lois, elles ont également la gestion de certaines compétences propres à leur circonscription. Jean-Marie Pontier a bien analysé les limites de la notion d'affaires locales dans sa thèse²³. Plus exactement, il a mis en lumière le fait qu'il n'existait pas d'affaires locales *par nature*, qui pourraient échapper à l'emprise de l'Etat intervenant au nom de l'intérêt général et du Souverain. Ce constat pessimiste n'épuise cependant pas la question. Car même incertain et évolutif dans le temps voire dans l'espace, ce champ de compétences locales existe bel et bien. Même l'abandon de la clause générale de compétence pour les départements et les régions ne signifie pas que ces autorités sont dépourvues de compétences propres, détachées de la stricte exécution des lois. Celles-ci deviennent seulement des compétences d'attribution fixées par le Souverain à ces administrations de mission.

Il serait alors possible d'identifier trois catégories de compétences locales, dans une typologie qui connaît ses limites mais qui peut servir de point de départ à l'analyse.

²² Il faut noter que par extension, le concept de domocratie peut également être utilisé pour caractériser une démocratie nationale fondée de même sur la résidence, comme par exemple au Royaume-Uni qui reconnaît un droit de vote aux ressortissants d'un pays du Commonwealth qui résident sur son territoire, ou comme aux premiers temps de la Révolution française lorsqu'un droit de vote y compris pour les élections législatives était octroyé aux étrangers résidant sur le sol national.

²³ J.-M. Pontier *L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, tome CXXVII, Paris 1978.

- Existent tout d'abord les compétences qui mettent en œuvre directement la loi, par exemple en matière de logement social, de normes de sécurité, de politiques de solidarité. La loi votée est ainsi exécutée par le Premier ministre selon l'article 21 de la Constitution, qui adopte les actes réglementaires nécessaires à l'exécution de cette loi ou en délègue le pouvoir aux ministres, et qui confie alors aux autorités locales les compétences, objectifs et procédures qui leur sont imparties dans le cadre de leur territoire. Peuvent également être intégrées dans ce cadre les compétences des autorités locales au titre de leur double casquette d'agent de l'Etat, compétences exercées sous le contrôle direct du préfet (état civil, ordre public, etc.). Ici n'intervient pas le principe démocratique, les administrations locales étant directement soumises au Souverain dont elles appliquent la volonté.

- Mais à côté de ces compétences, il en existe d'autres dans lesquelles les autorités locales disposent d'une certaine marge d'action dans le cadre de la loi nationale, pour accomplir localement des objectifs nationaux mais en tenant compte des spécificités territoriales. Rangeons par exemple dans ce cadre les politiques de gestion des eaux et des zones humides, des digues, l'organisation du temps scolaire, etc.

- Enfin, les autorités locales peuvent disposer de compétences propres qu'elles exercent en toute opportunité soit à titre facultatif soit à titre obligatoire, dans le respect des prescriptions nationales : création de crèches, de cantines scolaires, organisation des transports publics, de la circulation, d'une police municipale, soutien aux associations, politiques économiques, actions internationales, tourisme, etc. La loi donne compétence aux autorités locales pour gérer ces domaines, peut éventuellement prescrire certaines contraintes, mais laisse toute liberté d'appréciation à ces autorités pour les mettre en œuvre au niveau local.

C'est alors dans ces deuxième et troisième catégories que peut jouer le principe de démocratie, dans la mesure où les compétences exercées sont soumises à la loi nationale qui en fixe le cadre, mais relèvent de la liberté d'appréciation des autorités locales (choix du système de chauffage urbain, du développement des pistes cyclables, des matériaux et tracés des digues de protection, construction d'un boulevard urbain, etc.), en fonction de critères purement locaux et selon les volontés des populations et des élus. Hors application stricte de la volonté du Souverain nationale, une autonomie locale existe donc bien, encadrée par la loi mais fondée sur une justification et légitimité propre qui lie les décisions spécifiquement locales aux choix des habitants. Ce processus entraîne la reconnaissance d'une « société locale » distincte de la société nationale, que vient organiser une démocratie dotée de certaines particularités.

B. – *La société locale « démocratique »*

Tout comme la démocratie repose sur la reconnaissance du Peuple à s'organiser lui-même et à se doter des autorités à son service et en charge de son intérêt général, la démocratie se fonde sur la reconnaissance du droit des populations locales résidentes à gérer par elles-mêmes ou par leurs représentants les affaires qui relèvent de leurs compétences propres.

Cette démocratie irrigue alors deux aspects : une certaine autonomie, dans le cadre de la loi, des collectivités territoriales vis-à-vis des politiques nationales, et l'intégration des populations dans les processus décisionnels locaux, qui doivent consentir directement ou indirectement aux choix qui les concernent en tant qu'habitants de cette administration territoriale. Il s'agit au fond de doter la « société locale », ainsi consacrée sur cet espace juridique, de droits relatifs à la gestion de ses intérêts locaux²⁴.

Les conséquences juridiques de cette démocratie sont pour certaines déjà intégrées au droit territorial français, mais peuvent aussi aller plus loin.

- En premier lieu, la démocratie ne peut par évidence permettre de confier la gestion des affaires locales à de simples experts ou à des administrateurs nommés par une autorité extérieure. Car elle affirme au contraire le droit pour les habitants de prendre les décisions par eux-mêmes ou par des autorités qu'ils ont choisies, et de gérer ces affaires locales selon leur propre vision de la vie locale. Une collectivité territoriale en France n'est pas une préfecture qui applique les ordres d'en haut, mais une communauté assurant ses choix personnels dans le cadre de la loi. Cette considération lie ainsi démocratie et principes de libre administration et de subsidiarité.

- Participent dès lors à cette démocratie tous les *administrés* de la collectivité, considérés sur la base de la résidence. Le critère n'est plus la nationalité, qui n'a aucun sens au niveau local, ni la citoyenneté car il ne s'agit pas ici d'exprimer la volonté du Souverain. Le critère majeur est la seule résidence, validée par l'inscription au rôle fiscal²⁵ ou dans les divers registres de la collectivité et à défaut par déclaration volontaire auprès des autorités locales, qui donnerait ainsi le droit de vote et d'éligibilité à tous les français et étrangers habitant la circonscription dans les mêmes conditions, sans même

²⁴ V. *L'intérêt public local*, T. Rombauts-Chabrol, ed. Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle 2016, ou de F. Rangeon, *Peut-on parler d'un intérêt général local ?*, in C. Le Bart et R. Lefebvre, *La proximité en politique*, Rennes, PU Rennes, coll. « Res Publica », 2005, p. 45. V. également de l'auteur « De la légitimité territoriale », in *Constitution, Justice et Démocratie. Mélanges offerts en l'honneur du professeur D. Rousseau*, LGDJ, coll. Mélanges, Paris 2020.

²⁵ A ce titre, la suppression de la taxe d'habitation rend plus difficile l'identification de ces habitants, mais l'adresse postale donnée à l'administration fiscale en ce qui concerne l'impôt sur le revenu peut également être utilisée pour consacrer la résidence de l'habitant.

de durée minimale de résidence pour les étrangers²⁶. On peut pareillement imaginer un droit de participation reconnu aux mineurs ou aux écoliers pour les affaires les concernant. De même, un administré peut être inscrit sur plusieurs rôles fiscaux de plusieurs collectivités dont il est administré, comme au titre d'une résidence secondaire, et donc disposer de droits démocratiques dans ces différentes administrations. La loi pourrait également prévoir les cas où un administré se verrait reconnaître un droit de participation aménagé au titre par exemple de son lieu de travail, du lieu de scolarisation de ses enfants ou d'hospitalisation durable de ses parents, étant directement concerné par les décisions prises par cette collectivité qu'il n'habite pas mais dont il partage certains intérêts.

- Le principe même de démocratie, qui reconnaît un pouvoir initial des populations à se gouverner elles-mêmes sur le plan local, implique d'ailleurs que les habitants soient associés au plus près aux décisions les concernant. Si une démocratie représentative peut exister, par nécessité, les habitants ne sauraient abandonner leurs pouvoirs à leurs élus qui monopoliseraient la légitimité à décider. Car au niveau local et pour ce qui concerne le champ d'application de la démocratie, l'administration locale n'est plus au service du Souverain en pouvant arguer par là d'une certaine supériorité et autonomie vis-à-vis des populations, mais elle est bien au service des habitants eux-mêmes. Ici, la démocratie participative n'est pas un gadget mais une véritable forme d'expression de cette volonté des habitants, qui doit être respectée. Les administrés doivent pouvoir participer au processus décisionnel avec une certaine efficacité et demander des comptes à leurs représentants, par une application exigeante de l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ou des différentes chartes des droits de l'homme local qui en prévoient le cadre²⁷.

²⁶ Rappelons que le droit de vote est déjà reconnu aux étudiants étrangers dans leur université d'inscription sans condition de durée de résidence, ainsi qu'aux élections du CROUS (CE SSR 12 mai 1978, req. 07407), et qu'un même droit de vote est reconnu aux étrangers pour les élections aux conseils d'administrations des caisses de Sécurité sociale (CC, déc. N°82-148 DC du 14 décembre 1982 Organismes de la Sécurité sociale), par exemple. V. sur le sujet la thèse d'H. Andrès *Le droit de vote des étrangers*, soutenue le 9 février 2007 (université Paris 7, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00130445>)

²⁷ Si l'application de la Déclaration de 1789 est sujette à caution dans le cadre d'une démocratie administrative locale, ce droit de participation et de contrôle se retrouve en fait dans la plupart des déclarations impliquant les pouvoirs locaux, comme par exemple la Charte européenne sur l'autonomie locale de 1985, la Charte urbaine de 1992, la Convention européenne sur la participation des étrangers à la vie publique locale de 1992, la Charte environnementale européenne pour les droits des citoyens de 1995, la Charte européenne des droits de l'homme dans la ville de 2000, la Charte mondiale du droit à la ville de 2004, la Charte pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale de 2006, etc. Sur ces chartes, V. de l'auteur « *Démocratie, droits de l'homme et droit local* », *Politeia*, n°25, juin 2014, p.327-345 (téléchargeable à l'adresse :

Ces modalités de représentation, de participation et de contrôle peuvent s'inspirer de techniques démocratiques nationales (pétition, consultation, référendum, médiateurs, etc.) mais s'ouvrir aussi à d'autres dispositifs (tribuns, tirage au sort, conventions municipales, etc.) qui sont d'ailleurs mis en œuvre dans certaines localités comme à Saillans dans la Drôme ou à Kingersheim dans le Haut-Rhin, et finalement dans de très nombreuses autres collectivités où les édiles locaux se mettent au service de leurs habitants par des initiatives renouvelées et pragmatiques²⁸.

La technologie rend possible à ce sujet d'autres formes de participation, par des sites internet de type Civocracy qui organise des forums et des sondages en lignes au profit des collectivités, ou des applications comme City Lity qui permet aux habitants d'envoyer des remarques de proximité, voire par cet ensemble de civic tech et de réseaux sociaux mettant directement les habitants en relation pour des actions communes et des échanges de proximité (Mesvoisins, NextDoor, Proxiigen, Ensembl', etc.).

- Sous l'angle de l'organisation institutionnelle, la démocratie implique de même de sortir de la logique de stabilité qui a fondé la mise en place des pouvoirs municipaux ayant servi de modèle aux autres collectivités. En effet, la confusion des pouvoirs matérialisée dans la figure du maire à la fois chef de l'exécutif et président de l'assemblée, combinée aux primes majoritaires pour faire émerger un soutien stable à l'exécutif local, ne se justifie au fond que pour garantir le pouvoir de décision de cette administration locale, sans risque de blocage. Car le propre de l'Administration est de pouvoir décider, surtout lorsqu'il s'agit de faire appliquer la volonté du Souverain. Mais sous l'angle démocratique, c'est-à-dire ici en dehors des cas où l'administration locale doit exécuter la loi ou le règlement national, cet impératif n'est plus forcément de mise. Il s'en déduit une organisation plus politique de pouvoirs véritablement séparés et laissant la place à une meilleure représentation des habitants et aux contre-pouvoirs, pour faire mieux s'exprimer les différents courants de la population locale et émerger ainsi la complexité constructive de la société locale. Quitte à prévoir des mécanismes plus spécifiques lorsque la décision locale est directement soumise à l'exécution des normes nationales.

- Enfin, au regard de la législation nationale, les collectivités ainsi identifiées à leurs habitants doivent également disposer d'une certaine capacité et autonomie normative leur permettant d'accomplir concrètement

(https://www.researchgate.net/publication/268439272_Democratie_droits_de_l%27homme_et_droit_local)

²⁸ Sur ces initiatives, v. par exemple *Ces maires qui changent tout*, de M. Rivat, ed. Éditions Actes Sud, 2017, ou *Le coup d'Etat citoyen*, d'E. Lewis et R. Stiline, ed. La Découverte 2016

leurs missions. Cela vaut d'une part pour le renforcement de leur effectivité ou efficacité normative, financière, technique et humaine qui n'a pas encore pris en France toute la dimension prévue par la révision constitutionnelle de 2003, du fait d'une interprétation minorante du Conseil constitutionnel. Cela peut valoir aussi pour leur habilitation à exécuter la législation nationale en prenant en compte les situations d'espèce. Rien n'impose en effet le monopole systématique et absolu donné par l'article 21 de la Constitution au premier ministre pour l'exécution de la loi. Si cette nécessité peut se présenter pour uniformiser une règle de mise en œuvre de telle disposition législative, la loi peut aussi reconnaître le fait local et les spécificités que les autorités locales affrontent, et permettre à celles-ci, dans un cadre qu'elle définira, d'exécuter directement ses prescriptions par un pouvoir normatif propre respectant leurs identités et autonomies²⁹.

Sur ces différents points et sur d'autres encore, une réflexion de fond est ainsi à mener pour mieux identifier les traits spécifiques de cette démocratie locale et ses implications dans les différents niveaux territoriaux de pouvoirs. Cette réflexion rejoint d'ailleurs les tentatives de redéfinition actuelle de la notion de souveraineté, sous l'influence du droit international et du droit européen qui poussent à considérer l'échelon étatique non plus comme un absolu, source et limite de tout pouvoir international, mais comme un niveau de compétences intercalé entre d'autres, du local au mondial. A ce titre et dans un monde fondé sur une mobilité des personnes qui outrepassse les critères de nationalité, la notion de démocratie pourrait ainsi s'appliquer à divers échelons de pouvoirs dans le cadre d'une démocratie « scalaire », d'une échelle démocratique fondée sur la résidence et mettant en œuvre différents dispositifs démocratiques en fonction du niveau de pouvoir considéré. Le champ d'investigation ainsi ouvert réserve certainement quelques surprises.

²⁹ V. sur le sujet notamment G. Chavrier *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, ed. LGDJ coll. Systèmes Collectivités locales, Paris 2011.

**LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX FACE
AUX EXIGENCES DE SÉCURITÉ ET D'ORDRE
PUBLICS : LE CAS DU CONTRÔLE DE LA
CONSTITUTIONNALITÉ DES DISPOSITIONS
LÉGISLATIVES SUR L'ÉTAT D'URGENCE
NOVEMBRE 2015-DÉCEMBRE 2017**

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS*

1. « Quel système démocratique à inventer serait à même de représenter des opinions publiques toujours fluctuantes et diversifiées afin de faire face, par exemple, (...) aux attaques terroristes ? (...) Quelles missions incomberaient aux pouvoirs juridictionnels pour la protection des droits fondamentaux dans une telle démocratie ? ».

Ce sont ces deux questions formulées par les organisateurs de nos rencontres que nous souhaiterions discuter à la lumière d'une analyse de la période de mise en œuvre de l'état d'urgence déclaré, en France, à la suite des attaques terroristes commises dans la soirée du 13 novembre 2015. L'hypothèse est que la déclaration de l'état d'urgence, et sa perpétuation, ont été à la fois un laboratoire et un révélateur des réponses politiques et juridiques qu'entendent apporter les gouvernants des régimes démocratiques contemporains pour faire face à ce qu'ils présentent être un défi sécuritaire. C'est plus particulièrement à partir de l'analyse des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux Questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui lui ont été posées sur la loi du 3 avril 1955 qui définit le régime de l'état d'urgence, sur ses dispositions modificatives qui se sont succédé depuis novembre 2015¹ ainsi que sur diverses autres dispositions législatives

* Professeure à l'Université de Paris-Nanterre.

¹ Lois des 20 novembre 2015, des 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et 21 juillet 2017.

adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, que l'on ouvrira la discussion relative à ce que l'on peut attendre (ou pas) des juges constitutionnels en termes de protection des droits et libertés face à l'argument pris du terrorisme pour justifier le renforcement de mesures de sécurité.

Rappelons tout d'abord que la montée en puissance de l'affichage de nouvelles préoccupations sécuritaires dans les discours politiques et les lois qui les relaient peut être datée en France de la fin des années 1970. Cette localisation prend ici pour repères l'accélération de l'adoption de lois relatives à la sécurité intérieure, au renseignement et à la lutte contre le terrorisme. Cette accélération a donné lieu à un accroissement corrélatif du nombre de décisions du Conseil constitutionnel en matière de sécurité, même si – et cela peut être un premier signe de consensus politique sur le sujet –, celui-ci n'a pas été systématiquement saisi de toutes les lois adoptées en ce domaine.

Bien qu'elle ait des précédents, telle que la loi sur la fouille des véhicules adoptée à la fin de l'année 1976 que le Conseil constitutionnel n'avait pas à l'époque hésité à censurer pour l'atteinte portée à la liberté individuelle², la loi dite « sécurité et liberté » promulguée le 2 février 1981 constitue un premier temps fort du tournant sécuritaire de la législation française. A l'occasion des débats parlementaires, le Garde des Sceaux de l'époque, Alain Peyrefitte, prononçait une allocution dont les ressorts rhétoriques ont connu l'un des plus grands succès politiques de ces dernières années. Elle consista à établir un rapport dialectique entre la sécurité et la liberté en insistant sur le fait que ces deux notions ne renvoient pas à des valeurs opposées mais à des exigences complémentaires. Bien plus, la sécurité est présentée comme la condition de la liberté :

« On a souvent opposé au cours des dernières semaines ces deux notions de sécurité et de liberté. Certains feignent de penser que tout renforcement de la sécurité se fait aux dépens de la liberté et qu'en revanche il faut se résoudre à payer toute extension des libertés individuelles par une croissance de l'insécurité. Dieu merci, il n'en est rien ! Le Gouvernement ne vous propose pas de résoudre la quadrature du cercle. Liberté et sécurité sont solidaires : voilà le vrai. La sécurité est la première des libertés ; inversement, il n'y a pas de liberté sans une sécurité qui garantisse qu'on pourra en jouir, à commencer par la liberté de rester en vie, la liberté de garder son intégrité physique, la liberté d'aller et de venir. Il n'y a aucune contradiction à vouloir renforcer à la fois la sécurité et la liberté. La sécurité sans la liberté, c'est l'oppression ; la liberté sans la sécurité, c'est la jungle ! »³.

² Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977.

³ A. Peyrefitte, Assemblée Nationale, 2^{ème} Séance du 11 juin 1980, *J.O. débats*, p. 1749.

Tout est dit. Cette rhétorique s'est diffusée à une vitesse fulgurante. Elle a été consacrée à l'article premier de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité dont l'énoncé est devenu le premier article (article L. 111-1) du Code de sécurité intérieure : « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». Vingt années plus tard, elle structure de nouveau une grande partie des justifications de l'état d'urgence mis en œuvre entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017. L'état d'urgence n'est pas présenté par le pouvoir exécutif qui le promeut comme un régime d'exception opposé à l'État de droit mais comme une condition, un « bouclier » - pour reprendre le registre militaire du Ministre et l'intérieur de l'époque -, de l'État de droit. Tandis que le Premier Ministre, Manuel Valls, pouvait ainsi soutenir que « l'état d'urgence n'est pas contraire à l'État de droit, à nos libertés fondamentales. C'est une modalité d'application de l'État de droit. Inscire dans la Constitution ce régime dérogatoire et provisoire (...), c'est conforter notre démocratie »⁴, son Ministre de l'intérieur, Bernard Cazeneuve, renchérisait : « L'état d'urgence n'est pas le contraire de l'État de droit, il en est quand la situation l'exige, le bouclier »⁵. Ou encore : « Si nous sommes si déterminés sur la sécurité, c'est parce que nous savons qu'elle est la condition de la protection de nos valeurs et de nos principes républicains et démocratiques. C'est pour permettre au Gouvernement d'atteindre ces objectifs que nous proposons la prolongation de l'état d'urgence »⁶.

2. Quelle a été l'attitude de l'opinion publique face à cet affichage politique de la priorité donnée aux exigences sécuritaires?

En héritiers de Pierre Bourdieu qui nous appris que « l'opinion publique n'existe pas »⁷, il est tentant de répondre qu'il est hasardeux de se fonder sur les sondages d'opinion réalisés pendant l'état d'urgence pour conclure que la majorité des français a (vraiment) estimé que celui-ci était une réponse adaptée. En revanche, on peut convenir de deux éléments.

D'une part, l'appui sur l'argument de « l'opinion publique » ou de ce « qu'attendent les français » constitue une constante des discours politiques

⁴ Discours de Manuel Valls, Premier Ministre, examen de la révision constitutionnelle, Sénat séance du 16 mars 2016.

⁵ Discours la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015 ; voir aussi, séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 1^{er} décembre 2015. Déclaration sur la mise en œuvre et le contrôle de l'état d'urgence, 2 décembre 2015 ; Séance au Sénat du 9 février 2016 et le même discours devant l'Assemblée nationale le 11 février 2016 ; phrase reprise par B. Le Roux, Séance au Sénat, 15 décembre 2016.

⁶ Séance Assemblée Nationale, 19 mai 2016.

⁷ P. Bourdieu, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, 318, janvier 1973, pp. 1292-1309. Repris in *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984, pp. 222-235.

justifiant l'adoption des mesures sécuritaires, tout particulièrement face aux attaques terroristes⁸. Comme l'exprime de façon éloquent Paul Cassia, l'état d'urgence a été affiché comme « un panneau publicitaire » pour « rassurer » cette « opinion publique que, par ailleurs, médias et responsables politiques [ont chauffé] à blanc en surmédiant le moindre attentat islamiste se déroulant dans n'importe quel lieu de la planète »⁹. D'ailleurs, outre les « attentats déjoués », les attaques terroristes commises chez nos voisins européens - et même plus loin -, ont été l'un des arguments avancés pour proroger à répétition l'état d'urgence.

D'autre part, à côté des sondages d'opinion, force est de constater que les critiques émises à l'encontre de l'état d'urgence et des mesures adoptées pour lutter contre le terrorisme, n'ont pas connu un grand succès au-delà des cercles classiques de mobilisation en faveur des droits et libertés. Certes, plusieurs pétitions et tribunes initiées par des associations militantes, des avocats ou des universitaires ont été signées¹⁰ ; des colloques ont été organisés ; des rapports associatifs¹¹ et des articles universitaires ont été écrits ; des journalistes ont, dans *Le Monde*, *Libération*, *Médiapart* ou encore sur Radio France, diffusé des reportages et analyses critiques sur les effets quotidiens de l'état d'urgence sur les droits et libertés¹² ; des institutions telles que le Défenseur des droits ou la Commission nationale consultative des droits de l'Homme ont joué leur rôle d'alerte en publiant de nombreux avis¹³ ; le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe est intervenu auprès du gouvernement français¹⁴ ; des campagnes contentieuses ont été menées ; enfin, quelques parlementaires, dont l'un d'entre eux est devenu

⁸ Entre maints exemples, voir Premier Ministre, Manuel Valls : *allocution 23 décembre 2015* : « Menaces terroristes : protéger les français dans la durée ».

⁹ P. Cassia, « Le bilan de l'état d'urgence reste à faire », *D.*, 2017, p. 2473.

¹⁰ Voir par exemple : « Banalisation de l'état d'urgence : une menace pour l'Etat de droit », par Un collectif d'universitaires et d'artistes, *Libération*, 12 juillet 2017.

¹¹ Par exemple : Amnesty international, *Des vies bouleversées : L'impact disproportionné de l'état d'urgence en France* ; Amnesty international, *Rapport Un droit, pas une menace : Restrictions disproportionnées à la liberté de réunion pacifique sous couvert de l'état d'urgence en France*, 31 mai 2017 ; Ligue des droits de l'Homme, *Rapport, L'urgence d'en sortir*.

¹² Par exemple : F. Johannès, « Le Conseil de l'Europe s'inquiète de la prolongation de l'état d'urgence », 25 janvier 2016,

¹³ Voir par exemple, CNCDH, avis, 15 janvier 2016 ; CNCDH, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, 18 février 2016 ; Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 21 juillet 2016 ; Décision MSP-MDS-2016-153 du 26 mai 2016 relative à la mise en œuvre des mesures de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence ; Communiqué du Défenseur des droits en date du 22 juillet 2016 : Défenseur des droits, Rapport annuel d'activité 2016, février 2017, 147 p. ; voir aussi l'entretien de Jacques Toubon, Défenseur des droits, propos recueillis par J.-B. Jacquin, « Jacques Toubon : le projet de loi antiterroriste est 'une pilule empoisonnée' », *Le Monde*, 23 juin 2017.

¹⁴ Nils Muiznieks, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, 9 février 2016.

Ministre de la Justice, ont émis des doutes, au cours des travaux des commissions de contrôle, sur l'efficacité à long terme de l'état d'urgence... Tout cela en vain. D'un côté, il n'y eût jamais assez de parlementaires suffisamment convaincus pour saisir le Conseil constitutionnel d'un contrôle *a priori*, ni des lois de prorogations de l'état d'urgence, ni contre la loi du n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT) qui en prolonge, *mutadis mutandis*, certaines dispositions dans le droit commun. D'un autre côté, force est de constater qu'il n'y a pas eu de manifestations populaires massives prenant le relais des opinions exprimées par les acteurs classiquement sensibilisés au problème. La plaidoirie de François Sureau, avocat intervenant au nom de la Ligue des droits de l'Homme, prononcée devant le Conseil constitutionnel afin de contester les dispositions législatives qui avaient institué un délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, résume parfaitement la situation :

« Les gouvernements ont cédé, les parlements ont cédé (...), et personne n'aurait pu penser, je crois n'aurait pu, dans notre jeunesse nourrie des grands exemples et des drames du passé, imagé qu'ils céderaient si facilement par lâcheté, par inconséquence ou par calcul. (...) Vous êtes, je voudrais le dire au-delà même de l'émotion, les derniers gardiens de cet honneur et de cette liberté. Permettez-moi d'espérer que vous les défendrez encore alors qu'elles cèdent un peu partout, et que personne, ce qui est aussi grave que le reste, ne semble vraiment en faire un drame. Car ce qui est en jeu ici n'est pas seulement cette disposition particulière, mais cette disposition prise comme une partie d'un mouvement qui s'étend et qui s'accélère partout et chez nous a commencé voilà près de vingt ans. C'est ce mouvement lui-même qui est destructeur »¹⁵.

Ce texte mériterait de longs commentaires. On en retiendra ici trois idées forces. La première est qu'il met l'accent sur l'intensification des mesures sécuritaires et la fragilisation corrélative des libertés depuis une vingtaine d'année. La deuxième est qu'il dresse le diagnostic d'une relative indifférence de l'« opinion publique », désignée dans la plaidoirie plus universellement et énergiquement par le vocable « personne ». La troisième est que Maître Sureau appelle le Conseil constitutionnel à se faire, non pas le relai de l'opinion publique, mais le « gardien » de la liberté contre ce qu'il identifie être une indifférence générale de celle-ci.

¹⁵ Plaidoiries :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2017/janvier/affaire-n-2016-611-qpc.148570.html> (30^{ème} à 32^{ème} minutes).

Quelle est, dans ce contexte, la réponse apportée par le Conseil constitutionnel?

3. On pourrait s'arrêter à la réponse immédiate contenue dans la décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 à l'égard du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes. Le Conseil le déclare contraire à la constitution. Il estime que, tel qu'il est énoncé, ce délit porte une atteinte ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée à l'exercice de la liberté de communication. Il réitère cette appréciation dix mois plus tard s'agissant des dispositions législatives visant à en corriger la définition¹⁶. Rien n'interdit de considérer que le Conseil constitutionnel a joué dans cette affaire le rôle de gardien du temple de la liberté qu'appelaient de ces vœux Maître Sureau, comme les deux avocats qui l'avaient précédé pour obtenir l'invalidation de la disposition législative.

Pour autant, ces deux décisions ne doivent pas tromper. Elles viennent, avec certaines autres¹⁷, nuancer une jurisprudence qui, depuis une vingtaine d'années, se caractérise globalement par un laissez-faire en matière de prévention et de sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité, érigées, depuis la décision n°80-137 DC du 20 janvier 1981, en objectif à valeur constitutionnelle. Les quelques déclarations d'inconstitutionnalité qui ont été prononcées n'invalident pas l'appréciation déjà formulée il y a plusieurs années, qu'à l'abord des questions de sécurité, le Conseil constitutionnel filtre souvent les moustiques et laisse passer le chameau¹⁸. Aucun dispositif d'extension des compétences du pouvoir exécutif en matière de renseignement, de lutte contre le terrorisme ou de sécurité intérieure n'a structurellement été bloqué ou remis en cause.

Le contentieux constitutionnel portant sur la législation relative à l'état d'urgence l'illustre tout particulièrement. Les neuf décisions rendues par le Conseil constitutionnel¹⁹ sur la loi du 3 avril 1955 et sur les lois modificatives présentent l'intérêt de donner à voir jusqu'à quel point un organe de contrôle de la constitutionnalité des lois dans un Etat de droit contemporain peut

¹⁶ Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II].

¹⁷ Voir par exemple, outre les deux décisions précitées sur le délit de consultation habituelle des sites terroristes, voir par exemple Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste] ; Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017, La Quadrature du Net et autres, [Accès administratif en temps réel aux données de connexion].

¹⁸ P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le conseil constitutionnel », in *Billet d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, en codirection avec N. Ferré, Paris, LGDJ, 2007.

¹⁹ Décisions n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC, 19 février 2016 ; n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015.

permettre des restrictions aux droits et libertés constitutionnels justifiées par un régime d'exception.

Sur ce point, une attitude trop libérale du Conseil constitutionnel avait pu être crainte par le Premier ministre, Manuel Valls, au moment de l'adoption de la loi du 20 novembre 2015 portant prorogation et modification de l'état d'urgence. Après avoir évoqué un « risque d'inconstitutionnalité », celui-ci avait alors invité les parlementaires à ne pas saisir d'un recours *a priori* le Conseil²⁰. Ces derniers l'ont écouté. Ou mieux, ils n'ont pas eu besoin de cette invitation pour s'abstenir de toute saisine, cette fois-là comme pour chacune des lois de prorogation postérieures. Mais, outre que l'appel du Premier ministre s'avérait quelque peu paradoxal, si ce n'est contradictoire, avec ses affirmations concomitantes que l'état d'urgence s'inscrit dans le cadre de l'Etat de droit²¹, elle témoignait d'un défaut d'évaluation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de ces vingt dernières années. On l'a évoqué, celle-ci se montre largement compréhensive à l'égard des exigences sécuritaires et de prévention de l'ordre public.

Les premières décisions rendues à l'hiver 2015-2016 n'ont pas démenti ce mouvement. A l'issue des trois décisions contestant plusieurs dispositions de la loi sur l'état d'urgence et ses modifications, seule la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955²² déterminant les conditions de saisie au cours d'une perquisition a été déclarée contraire à la constitution. Tout invitait alors à se ranger à l'analyse de Denis Baranger selon laquelle « du point de vue du contrôle juridictionnel, l'histoire retiendra peut-être que peu d'actes relevant de l'état d'urgence actuellement en vigueur ont été contrôlés, et que moins encore furent censurés. Elle retiendra peut-être aussi que le contrôle juridictionnel a pris fréquemment la forme étrange de la coopération entre un juge de l'urgence n'ayant pas peur des considérants de principe et d'un juge constitutionnel très modéré, pour ne pas dire timide, dans l'exercice de son contrôle. C'est un renversement des choses qui peut intriguer »²³.

²⁰ « Etat d'urgence : Valls admet ne pas respecter la Constitution », <http://www.politis.fr/articles/2015/11/etat-durgence-valls-admet-ne-pas-respecter-la-constitution-33107>.

²¹ « L'état d'urgence n'est pas contraire à l'Etat de droit, à nos libertés fondamentales. C'est une modalité d'application de l'Etat de droit. Inscrire dans la Constitution ce régime dérogatoire et provisoire- aujourd'hui prévue par la loi -, c'est conforter notre démocratie » : M. Valls, Premier Ministre, Sénat, séance du 16 mars 2016.

²² Décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

²³ D. Baranger, « Quel 'Etat de droit' ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, p. 357.

A certains égards, le caractère intrigant du renversement reste entier. A tout le moins pourrait-il être levé en retraçant une socio-histoire du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence qui éclairerait sur ce qui l'a progressivement conduit à ménager le pouvoir d'appréciation du législateur et à jouer du contrôle de proportionnalité pour valider, sur le fondement d'exigences sécuritaires, des restrictions apportées aux droits et libertés de valeur constitutionnelle. Toutefois, les décisions suivantes rendues sur la loi relative à l'état d'urgence et ses modifications, conduisent à affiner quelque peu le diagnostic et à formuler l'hypothèse que les positionnements adoptés par le Conseil constitutionnel dont preuve d'un certain degré de sophistication.

Car, finalement, des censures, il en advint. Plusieurs dispositions-phares de la loi de 1955 et de ses modifications ont été déclarées contraires aux « droits et libertés que la Constitution garantit » : régime des perquisitions et saisies, des assignations à résidence, fouilles individuelles et des bagages, délimitation de zones de protection ²⁴... On pourrait donc rétrospectivement donner en partie raison aux préoccupations de l'ancien Premier ministre : oui, certaines dispositions du régime de l'état d'urgence et les modifications qui lui ont été apportées étaient contraires à la Constitution. Ainsi en a, en tout cas, jugé le Conseil constitutionnel. Les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées signifient par conséquent que l'Etat de droit français a pu s'accommoder d'un régime d'exception dont plusieurs dispositions portaient atteinte aux droits et libertés constitutionnels.

Et pourtant l'essentiel n'est peut-être pas là. Car, si en censurant les dispositions litigieuses, le Conseil constitutionnel semble avoir tenu le rôle de garant des droits et libertés que la Constitution lui confère à l'article 61-1 de la Constitution, le caractère très ciblé de certaines déclarations d'inconstitutionnalité qui ne visent que quelques mots ou morceaux de phrases ainsi que, surtout, la lecture des considérants précisant les effets dans le temps de ces déclarations, invitent à la nuance. Le Conseil a usé, si ce n'est abusé, de diverses techniques conduisant à la neutralisation des effets de ses décisions²⁵.

D'une part, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à recourir à la faculté que lui confère *de jure* l'article 62 alinéa 2 de la constitution, de moduler dans le temps l'effet de ses décisions. La justification avancée est à quelques mots près toujours la même : une abrogation immédiate des dispositions censurées

²⁴ Décisions n°2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017 ; n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017 ; n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017 ; n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 ; n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 ; n° 2016-536 QPC, 19 février 2016 ; n° 2016-535 QPC.

²⁵ La seule réelle exception à l'usage de cette faculté est la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

méconnaîtrait « l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives »²⁶. La solution trouvée est alors de différer, parfois de plusieurs mois, la date de l'abrogation des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles. Elle a aussi pu consister à exclure la possibilité pour les justiciables de se prévaloir d'une décision d'inconstitutionnalité dans des procédures pénales en cours²⁷.

D'autre part, la neutralisation des effets des inconstitutionnalités prononcées a également pu résulter *de facto* de la tardivité prise à rendre des décisions. En se prononçant quelques jours seulement avant la fin du délai de trois mois qui lui est imparti, ce qui a produit des effets en cascade au détriment des assignés à résidence de longue durée²⁸, ou en rendant ses décisions plusieurs semaines après la fin de l'état d'urgence, le Conseil les a privées de tout effet utile²⁹. Résultats : d'un côté, aucun requérant n'a pu bénéficier des décisions d'inconstitutionnalité obtenues. D'un autre côté, les reports de leurs effets dans le temps, tout comme la neutralisation de leur effet utile par d'autres moyens, ont eu pour conséquence de faire perdurer dans l'ordre juridique français des dispositions législatives inconstitutionnelles restrictives de droits et libertés. Ces procédés reviennent à habiliter rétrospectivement le législateur à porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit jusqu'à un moment librement déterminé par le Conseil constitutionnel lui-même. Ils conduisent aussi à inverser la hiérarchisation habituelle des normes³⁰ : pendant un temps plus ou moins long, la norme constitutionnelle ne fait pas obstacle à l'application d'une disposition législative qui lui est contraire.

Certes, l'exercice de cette faculté de modulation que l'article 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une QPC n'est pas réservé à la loi sur l'état d'urgence. Mais son usage répété et concentré pendant la période de mise en œuvre de ce régime d'exception, ou une fois que celle-ci a cessé, a révélé un potentiel, sans doute sous-estimé, de

²⁶ Voir décisions précitées.

²⁷ Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016.

²⁸ Décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017. Sur ces effets en cascade voir : « 3 questions à Xavier Dupré de Boulois sur la décision rendue par le Conseil Constitutionnel concernant les assignations à résidence longue durée en état d'urgence » : <http://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-xavier-dupre-de-boulois-decision-rendue-conseil-constitutionnel-concernant-assignations-a-residence-longue-duree-etat-durgence/> ; P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *AJDA*, 2017, p. 1162.

²⁹ Décisions n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018 ; n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017.

³⁰ P. Cassia, « Etat d'urgence : l'insupportable droit à l'erreur du législateur », *Blogs Médiapart*, 4 décembre 2017, https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041217/etat-d-urgence-l-insupportable-droit-l-erreur-du-legislateur?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=Sharing&xtor=CS3-67

légitimation des restrictions apportées aux droits et libertés constitutionnels. Une systématisation de l'usage du pouvoir de report dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité institue dès lors la QPC, non pas, comme elle se présente, en procédure de garantie des droits et libertés mais, potentiellement, en machine à fabriquer de l'inconstitutionnalité. Rien n'interdit d'imaginer un législateur malicieux faisant le pari d'une absence de recours *a priori* pour délibérément adopter des dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnels produisant le temps voulu leurs effets, et qui ne seront censurées - si elles le sont - que plusieurs mois plus tard, en bénéficiant éventuellement, de surcroît, d'une prorogation. Est ainsi donné corps à l'hypothèse théorique de l'existence de normes juridiques non valides³¹, ou plus précisément, en l'occurrence, de normes juridiques effectives bien qu'inconstitutionnelles. Le cas de figure est en l'espèce produit par l'organe de contrôle de constitutionnalité lui-même.

4. Tout au long de la mise en œuvre de l'état d'urgence, des dispositions restrictives de droits et libertés, finalement jugées inconstitutionnelles, se sont donc succédées. Elles ont justifié de nombreuses mesures de police générales et individuelles. Sur le fondement de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel en a prolongé l'existence pendant le temps et dans les conditions qu'il a déterminé. Il a ainsi participé à un affaiblissement - certes temporaire, mais s'élevant souvent à plusieurs mois - d'une certaine conception de l'Etat de droit, celle héritée de l'après Seconde Guerre Mondiale, qui exige la subordination de l'Etat aux droits et libertés énoncés dans les normes supérieures - en particulier, constitutionnelles - d'un ordre juridique.

Alors que l'attachement à cette conception de l'Etat de droit aurait pu conduire à un renforcement du contrôle de constitutionnalité face aux mesures d'exception, c'est l'inverse qui s'est passé. Si le Conseil constitutionnel, à l'instar du Conseil d'Etat, ne se dérobe pas au rappel de grands principes lorsqu'il est saisi d'une QPC sur les dispositions relatives à l'état d'urgence - l'« état d'urgence est un régime de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent être limités dans le temps et l'espace »³² -, peu de décisions auront significativement entamé ce régime. Ou alors, elles sont intervenues tardivement au moment où elles n'étaient plus en mesure de produire d'effets utiles. Finalement, ce sont les exigences sécuritaires qui l'ont le plus souvent emporté sur les droits et libertés que la Constitution garantit, non seulement

³¹ R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, collection Rivages du droit, 2010, chapitre 1 ; voir aussi C. Agostini, *Les normes non valides : contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Thèse Paris Nanterre, 2000.

³² Décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016.

au moment du contrôle de la proportionnalité des premières à l'égard des seconds, mais aussi à l'étape de la détermination des effets de la décision d'inconstitutionnalité.

L'analyse de l'exercice du contrôle de constitutionnalité pendant l'état d'urgence tend alors à conforter l'analyse que contrôler n'est nécessairement pas garantir³³. A force de ne pas censurer ou de neutraliser les effets de ses décisions, l'organe de contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques en vient à se transformer en organe de légitimation des mesures restrictives de droits et libertés. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un organe de contrôle de la constitutionnalité se réfère à des énoncés exprimant des droits et libertés pour justifier ses décisions qu'il en assure *ipso facto* la garantie ou, à tout le moins, un niveau de garantie équivalent aux attentes, non pas seulement des militants, mais aussi d'autres institutions nationales ou internationales.

A cet égard, l'attitude générale de *self restraint* justifiée par l'idée que le juge constitutionnel ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement, n'a pas les mêmes effets lorsque ce dernier adopte des lois protectrices des droits et libertés ou lorsqu'il poursuit des objectifs sécuritaires. La circonstance amplificatrice de la mise en œuvre du régime d'exception qu'est l'état d'urgence pendant près de deux ans n'en est finalement qu'un révélateur.

5. Qu'aurait-on pu attendre d'autre des juges constitutionnels face au défi sécuritaire ? Sans doute qu'ils déploient, à l'encontre même des attentes attribuées à l'opinion publique, un rôle de gardien des droits et libertés plus exigeant.

Toutefois, en premier lieu, encore faut-il trouver un accord sur la détermination de ce niveau d'exigence, tout particulièrement en période de mise en œuvre d'un régime exceptionnel. Par ailleurs, en deuxième lieu, si on envisage plus largement, comme invite à le faire les organisateurs de ce colloque, la justice constitutionnelle dans les régimes démocratiques de demain, on ne peut passer outre la question de la légitimité d'organes composés de quelques personnes nommées à s'opposer à la volonté d'une majorité d'élus du corps électoral, même au nom de valeurs humanistes (auxquelles l'auteur de ces lignes adhère par ailleurs). Dès lors, en dernier lieu, si l'on considère que le contrôle de constitutionnalité est devenu incontournable dans les Etats contemporains, reste une interrogation majeure que met en évidence l'expérience française de l'état d'urgence : comment être

³³ Voir V. Champeil-Desplats, « Garantir les droits et libertés constitutionnelles a-t-il un sens ? », in A. Le Pillouer (dir.) *Protection de la constitution et protection par la constitution*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2016, Poitiers, Editions de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, pp. 67 et s.

assuré que les organes chargés de garantir des droits et libertés rempliront cette fonction ? Peut-on et doit-on faire faire confiance aux juges ?

A ce stade, il semble que les suspicions initiales à l'égard du contrôle de constitutionnalité aient changé de nature. Il ne s'agit plus finalement de se méfier de l'activisme des juges, mais au contraire, de leur *self restraint*. Autrement dit, la perspective n'est plus de savoir qui garde les gardiens en présumant que ceux-ci auraient une propension à abuser de leur pouvoir et à usurper celui des autres, mais de s'assurer que les gardiens gardent bien ce qui leur a été confié. Si, donc, dans les régimes démocratiques de demain, on estime encore que le contrôle de constitutionnalité est un mécanisme qui vaut la peine d'être préservé, il convient de remettre sur la table des réflexions plusieurs éléments, tels que celui de la mission attendue des organes qui en ont la charge (quel équilibre entre la garantie l'exercice des droits et libertés et la préservation de souveraineté parlementaire ?), celui du profil des membres qui les composent ou, encore, celui des modalités de contrôle des décisions rendues. Il n'y a pas sur ces questions de sciences exactes mais plutôt des compromis institutionnels à construire.

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AU JAPON

LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME

Haruna IKEDA*

INTRODUCTION

La Cour suprême du Japon juge de la constitutionnalité des lois lors des procès pénaux et civils. Le premier cas remonte à la décision du 4 avril 1973 lors d'un procès pénal. Si la décision du 16 juillet 1971 a « métamorphosé » le Conseil constitutionnel de la France¹, il en est de même au Japon avec cette décision du 4 avril 1973. Plus récemment, en 2015, l'article 733 du Code civil a été déclaré non conforme à la Constitution.

En France, le système juridique n'a jamais accepté les modalités de type américain. Le Conseil constitutionnel, qui a été créé en 1958, exerce le contrôle de la constitutionnalité de la loi. Il était limité à un examen *a priori*. Ces examens comptent 756 cas et les décisions de non-conformité sont nombreuses (presque la moitié). Le Japon, au contraire, a adopté le type américain. Le contrôle de constitutionnalité se déroule *a posteriori*. La Cour suprême a prononcé seulement dix jugements de non-conformité des lois à la Constitution. Mais elle prononce de plus en plus souvent des décisions d'inconstitutionnalité. Dans les années 2000, cinq décisions ont été prises. La Cour suprême a-t-elle changé pour autant ? Quel est donc le rôle de la Cour suprême ?

* Professeure adjointe de droit constitutionnel à l'Université Kindai (池田晴奈 近畿大学 法学部准教授 [憲法])

¹ Hajime YAMAMOTO, *Métamorphose* du Conseil constitutionnel vers un organisme garantissant les droits de l'homme. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel de la France*, 2013, p. 132 et suivantes.

I. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

En France, seul le Conseil constitutionnel a le contrôle de la constitutionnalité des lois. Il a la compétence d'effectuer un examen *a posteriori* depuis 2008, ainsi donc que la compétence de faire un examen *a priori* depuis 1958. Sa force de contrôle étant renforcée, il a émis de nombreux jugements.

Au Japon, en revanche, les cours exercent le contrôle de la constitutionnalité des lois lorsque se pose un problème de constitutionnalité au cours d'un procès. Comme cela n'arrive qu'exceptionnellement, on peut considérer que, de fait, il ne l'exerce pas. Au Japon, le Bureau de législation du Cabinet et la Cour suprême ont le contrôle de la constitutionnalité des lois. Le premier a la compétence d'effectuer un examen *a priori*, le deuxième a cette compétence *a posteriori*.

Le Bureau de législation du Cabinet au Japon ressemble au Conseil d'État en France. Au Japon et en France, la plupart des lois approuvées représentent l'aboutissement des projets de loi préparés par le Gouvernement et non de propositions de loi préparées par des parlementaires. Le Bureau de législation du Cabinet, aussi bien que le Conseil d'État, rend son avis sur les projets de loi au Gouvernement. Le Bureau de législation du Cabinet examine le contrôle de la constitutionnalité des lois de façon rigoureuse. Par conséquent, il garantit la stabilité des lois².

En contraste avec le Bureau de législation du Cabinet, la Cour suprême examine le contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur. L'article 81 de la Constitution dispose que «la Cour suprême est le tribunal de dernier ressort ; il a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient ». Au Japon, la Cour traite des procès concrets, à savoir des procès pénaux ou civils, en se basant sur l'article 3 de la loi relative à la cour (*Court Act*, en anglais).

Chaque cour examine le contrôle de constitutionnalité des lois. Si le jugement en première instance prononce une non-conformité de la loi, la Cour suprême peut inverser la décision et prononcer sa conformité. Le tribunal d'une instance inférieure ainsi que la Cour suprême peuvent éluder le contrôle de la constitutionnalité des lois. La cour a une tradition de respect des lois du législateur. Par conséquent, les jugements sont peu nombreux. Pour ces raisons, l'examen *a priori* exercé par le Bureau de législation du Cabinet fonctionne correctement.

² Makoto NAKAJIMA, *Législation*, 3^e édition, 2014, p. 84.

II. LES DÉCISIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ RÉCENTES DE LA COUR SUPRÊME

Dans les années 2000, la Cour suprême a prononcé cinq jugements de non-conformité des lois. Les décisions d'inconstitutionnalité prononcées par la Cour suprême augmentent peu à peu. Ces décisions ont eu la particularité d'avoir une influence sur le législateur puisque celui-ci a fait promptement une révision de la loi la même année que cette décision.

En 2015, l'article 733 du Code civil, relatif au délai de six mois entre le divorce et le remariage, a été déclaré contraire à la Constitution. La Cour suprême a jugé que si cet article a pour but de déterminer la relation père-enfant, un délai de cent jours était suffisant. La même année, le législateur a révisé cet article en se conformant à la décision de la Cour suprême.

De fait, un juge a indiqué que l'article était foncièrement inconstitutionnel car seule la femme doit attendre pendant une période déterminée avant de pouvoir se remarier. Mais les autres juges ont décidé de s'en tenir à une réduction de la période qui interdisait le remariage pour les femmes. C'est ainsi que cette période a été fixée à cent jours.

En 2013, l'article 900 du Code civil a été déclaré contraire à la Constitution. Cet article disposait qu'un enfant illégitime avait un droit de succession deux fois inférieur à celui de l'enfant légitime. Cela dans l'idée de respecter le mariage. Cet article a été jugé comme non conforme à l'article 14 de la Constitution pour motif qu'un tel article n'est pas conforme au principe, que reconnaît notre époque, de l'égalité entre les individus.

Lors des débats concernant cet article, certains professeurs de droit civil ont soutenu qu'il fallait protéger le statut de la femme mariée. Si les droits de succession étaient égaux entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime, la femme mariée risquait, par exemple, d'être obligée de quitter son logement. Finalement la Cour suprême a décidé que les droits de succession seraient égaux entre les enfants. La raison de cette décision s'expliquant par le souci de protéger la vie et le bien-être de chaque enfant.

En 1973, la Cour suprême a jugé que l'article 200 du Code pénal selon lequel le meurtre d'un ascendant (père, mère, grands-parents, etc.) était considéré comme plus grave que les autres meurtres était inconstitutionnel, car cela supposait une supériorité et donc une inégalité entre les ascendants et les descendants. L'article a finalement été supprimé en 1995. Il aura donc fallu attendre près de vingt ans pour rendre effectif le jugement prononcé par la Cour suprême en 1973. Comparé à ces cas anciens, le législateur agit à présent rapidement.

III. PASSIVITÉ ET ACTIVITÉ DE LA COUR SUPRÊME

Depuis longtemps, la Cour suprême est considérée comme passive. Il est à noter qu'elle est passive concernant les jugements sur la Constitution et ceux l'inconstitutionnalité. Mais, selon le professeur Yoichi HIGUCHI, « si elle n'a pas eu besoin de porter des jugements actifs sur la Constitution, elle a porté des jugements actifs sur la constitutionnalité »³.

Dans les années 2000, la Cour suprême s'est montrée active. Cela se voit dans des décisions qui ont attiré l'attention du public. En dix ans, la Cour suprême a prononcé cinq jugements d'inconstitutionnalité. La probabilité d'un jugement d'inconstitutionnalité monte en degré. Mais c'est parce que le respect des droits de l'homme s'est de plus en plus répandu comme problématique. La constitutionnalité de faits relatifs à la vie privée se trouve mise en cause, concrètement donc le Code civil, et la Cour suprême interprète la situation aussi bien intérieure qu'extérieure au pays, d'un point de vue statistique, et prononce des jugements d'inconstitutionnalité liés aux changements intervenant au sein de l'époque et aux nouvelles tendances de la société.

En 2015, à la même date que le jugement d'inconstitutionnalité prononcé contre l'article 733 du Code civil, la Cour suprême a prononcé un jugement de constitutionnalité concernant l'article 750 du Code civil, à savoir la conservation du même nom de famille pour les conjoints. La raison en est que l'article 750 ne précisait pas s'il fallait choisir le nom de l'un ou l'autre conjoint : il respecte donc l'égalité des sexes (article 14 de la Constitution) et n'est pas contraire au respect individuel (article 13 de la Constitution).

Cinq juges, dont les trois femmes juges, s'étaient opposés à cette appréciation, mais cette opposition n'a pas prospéré. Si on revient à l'article 900 du Code civil, il a bien été finalement reconsidéré en 2013, soit presque vingt ans après le procès de 1995, pour être déclaré cette fois contraire à la Constitution. Une même évolution pourrait se produire au sujet du nom de famille des conjoints.

CONCLUSION

La Cour suprême a-t-elle changé ? Prend-elle plus activement des décisions d'inconstitutionnalité ? Telles étaient nos questions de départ. Notre réponse sera oui, effectivement, mais, à notre avis pas de façon suffisante. Nous l'avons vu par exemple au sujet de la question du nom des conjoints.

³ Yoichi HIGUCHI, *Activité et Passivité judiciaire*, 1978, p. 1 et suivantes.

Par ailleurs, le contrôle de constitutionnalité suit le modèle américain et ne juge que la conformité ou non à la Constitution dans un procès concret, c'est-à-dire des procès pénaux ou civils. Il n'y a pas de confrontation directe entre les lois ou projets de loi et la Constitution indépendamment d'un procès concret. Quant à la loi de 2015 sur les Forces japonaises d'autodéfense, la Cour suprême ne peut ainsi exercer son contrôle de constitutionnalité.

La Cour suprême fait l'objet d'un intérêt de plus en plus vif. En 2015, à l'occasion du débat sur les articles 733 et 750, que nous avons évoqués, la presse a publié des photos des quinze juges avec une présentation du parcours de chacun et de chacune ainsi que de leur avis sur ces deux procès. C'est là un fait tout à fait nouveau.

La Cour suprême a un rôle décisif dans la décision de constitutionnalité et les évolutions sociales exigeraient une intervention plus active de sa part.

L'ÉTRANGER, UN HOMME MARGINALISÉ DANS LA DÉMOCRATIE LE DROIT DE VOTE DES ÉTRANGERS AU JAPON, VINGT ANS APRÈS LA DÉCISION INATTENDUE DE LA COUR SUPRÊME JAPONAISE

Yoshinobu MIZUTORI*

INTRODUCTION

Les titulaires du pouvoir démocratique dans l'État-nation, comme communauté politique, sont tout d'abord et sans exception près, les citoyens qui ont la nationalité. Dans le même temps, l'État-nation exclut normalement et généralement les étrangers de la vie politique, puisqu'ils ne sont pas de vrais membres de la communauté nationale.

Or la Cour suprême japonaise a pris une décision notoire le 28 février 1995¹, dans laquelle les étrangers séjournant habituellement au Japon depuis une longue durée pouvaient se voir accorder le droit de vote au niveau local² par une loi ordinaire. C'est-à-dire qu'aucune barrière constitutionnelle n'empêchait le législateur d'octroyer le droit de vote aux étrangers à ce niveau.

Cependant, le législateur n'a encore adopté aucune loi depuis plus d'une vingtaine d'années. On peut se demander pourquoi.

* Professeur à l'Université de la Préfecture d'Osaka.

¹ Hanrei-Jihô (Informations périodiques sur la jurisprudence), vol. 1523, p. 49 et s.

² Alors que la Constitution japonaise de 1946 ne communique pas les catégories des collectivités locales de manière explicite, on en distingue deux types : le « département » (to – do – fu – ken) et la « commune » (shi – cho – son). Elles se superposent l'une à l'autre. Il ne faut pas douter que la commune soit contenue dans la collectivité prévue par cette disposition parce qu'elle est la collectivité de base, de tel sorte que le droit de vote aux étrangers au niveau communal ne devrait pas au minimal être exclu. Or au Japon le Code électoral interdit le cumul entre les parlementaires nationaux (députés et conseillers) et les conseillers locaux, non plus maires, ni préfets, qui sont tous élus au suffrage universel direct.

Nous examinerons d'abord cette décision, point de départ jurisprudentiel constitutionnel et ensuite l'état actuel depuis cette décision.

I. LA DÉCISION DU 28 FÉVRIER 1995 DE LA COUR SUPRÊME

La Cour suprême (troisième chambre), dans un cas présenté par des Coréens dont le statut est résident-étranger spécifique (特別永住者、tokubétsum-eijyusha), détenteur d'une autorisation de séjour permanent³ ayant demandé l'inscription de leurs noms sur la liste électorale, a rejeté leur demande dans la sentence principale, mais dans les deux considérants, elle a exprimé une logique comprenant des contradictions. Voyons tout d'abord le contenu de cette décision avant d'aborder sa logique.

A. – *Le contenu de cette décision*⁴

Juste après que la Cour suprême ait rejeté la demande, elle a ajouté deux considérants et dit dans le premier que « les dispositions de l'article 15 ne sont que l'expression du principe de la souveraineté nationale ainsi le peuple japonais a le droit de choisir et de révoquer de façon définitive leurs représentants et leurs fonctionnaires ; or, les nationaux sont le peuple japonais, autrement dit les détenteurs de la nationalité japonaise, conformément au Préambule⁵ et l'article 1⁶ ; donc le seul peuple japonais est désigné par

³ On trouve deux sortes de détenteurs d'une autorisation de séjour permanent, l'une est le résident-étranger spécifique qui avait porté la nationalité japonaise avant la seconde guerre mondiale et l'avait perdue et repris son ancienne nationalité mais continuent de séjourner au Japon même après cette guerre (y compris la seconde génération des coréens, chinois et taiwanais, on les appelle souvent en anglais « *old commers* ») ; l'autre est le résident-étranger ordinaire (永住者、eijyusha, on les appelle souvent en anglais « *new commers* ») qui vit au Japon et à qui a été accordé une autorisation de séjour permanent. À la fin de juin 2019, on compte 2 471 458 résidents-étrangers dans lesquels il y a 738 661 résidents-étrangers ordinaires et 334 298 spécifiques.
http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00068.html;

⁴ Avant et après la décision examinée ici, la Cour suprême a rendu deux décisions importantes : celle du 26 février 1993, qui a refusé aux résidents-étrangers le droit de vote national (*Hanrei-Jihô*, vol. 1452, p.p. 37 et s.) ; celle du 13 mai 1998, qui a affirmé qu'aucune disposition n'assure aux étrangers le droit d'éligibilité à l'élection nationale. Or au Japon, il est normal de dissocier le droit de vote et celui de l'éligibilité même au niveau national non plus au niveau local.

⁵ Le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit dans son alinéa 1 que « Nous, peuple japonais, agissant par l'intermédiaire de nos représentants dûment élus à la Diète Nationale,proclamons que le souverain pouvoir est détenu par le peuple et établissons fermement cette Constitution. »

⁶ L'article 1^{er} dispose que « L'Empereur est le symbole de l'Etat et de l'unité du peuple ; il doit ses fonctions à la volonté du peuple, en qui réside le pouvoir souverain. »

l'article 15 alinéa 1⁷ selon la nature de ce droit et en conséquence les résidents-étrangers sont exclus de la garantie de ce droit ; que tout en considérant que ce que signifient les dispositions du principe de la souveraineté nationale et de l'article 15 alinéa 1 est que les collectivités locales sont un des éléments indispensables des institutions de gouvernement de la Nation, les résidents prévus par l'article 93 alinéa 2⁸ sont le peuple japonais ayant sa résidence principale dans la collectivité locale où il habite ; on en conclut que l'article 93 alinéa 2 n'assure pas le droit de vote aux résidents-étrangers pour les élections des principaux administrateurs de toutes collectivités locales et les membres de leurs assemblées. »

Elle poursuit dans le deuxième « considérant que l'article 93 alinéa 2 n'assure pas le droit de vote des collectivités locales aux résidents-étrangers qui habitent au Japon ; que les dispositions de l'autonomie locale dans le chapitre VIII de la Constitution prennent en considération l'importance de l'autonomie locale dans la société démocratique ; qu'elles devraient être interprétées de manière à assurer en tant que régime constitutionnel une institution politique dans laquelle les résidents (ou les habitants) entretiennent des rapports étroits dans leur vie quotidienne, qu'il semble raisonnable que la Constitution n'interdise pas elle-même qu'une loi prenne des mesures afin d'octroyer le droit de vote aux principaux administrateurs de toutes collectivités locales, aux membres de leurs assemblées etc., aux personnes, par exemple, aux résidents-étrangers ayant une autorisation de séjour permanente, qui arrivent à nouer un rapport particulièrement étroit avec les collectivités où ils habitent ; que prendre ces mesures ou pas dépend exclusivement de l'appréciation législative et qu'au contraire dans le cas où le législateur n'adopte pas ces mesures, aucun problème constitutionnel n'en découle. »

⁷ L'article 15 alinéa 1 dispose que « Le peuple a le droit inaliénable de choisir ses représentants et ses fonctionnaires et de les révoquer. » Dans la mention « ses représentants et ses fonctionnaires » sont compris des représentants et des fonctionnaires locaux. Il n'y a aucune dispute doctrinale ni jurisprudentielle sur ce sujet. Par exemple, la Cour suprême, dans sa décision du 14 décembre 1960, énonce que le droit de les choisir et de les révoquer appartient au peuple japonais selon le principe de la souveraineté nationale, et que cet article s'applique au droit de choisir et révoquer des représentants et des fonctionnaires locaux. *Minshû*, vol. 14. n°14, p. 3037.

⁸ L'article 93 alinéa 2 dispose que « Les principaux administrateurs de toutes collectivités locales, les membres de leurs assemblées et tous autres agents locaux que la loi pourrait prévoir, sont élus par les résidents au suffrage universel direct, dans le cadre des diverses communautés. » La version française de cet article publiée sur le site de MJP de l'Université Perpignan (mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm) ne se réfère pas au mot « résidents », parce que cette traduction est faite directement de la version anglaise publiée sur le site par le Ministère des affaires étrangères au Japon, qui ne l'évoque pas. Or le mot « résidents » est appelé en japonais « *Jyûmin* (住民) ». D'autre part, le mot « peuple » ou « nation » en japonais est « *kokumin* (国民) ».

B. – *La logique utilisée par la Cour*

Les doctrines constitutionnelles japonaises formulent principalement trois théories à propos de l'octroi de vote aux résidents-étrangers : théorie de l'« interdiction (禁止、Kinshi) »⁹, celle de l'« admission (許容、Kyoyo) »¹⁰ et celle de la « revendication (要請、Yosei) »¹¹.

La Cour suprême estime par une lecture syllogistique que la « nation » dite par le Préambule, l'article 1^{er} et l'article 15 désigne seulement les détenteurs de la nationalité japonaise (les nationaux), or les « habitants » des collectivités locales, un des éléments indissociables des institutions de gouvernement de la Nation, sont les nationaux qui ont leurs résidences dans les collectivités ; et alors les étrangers, qui n'ont pas la nationalité japonaise, n'ont pas le droit de vote même au niveau local par la Constitution¹².

Autrement dit, la relation entre le « peuple japonais (= nationaux) » prévu par l'article 15 et les « résidents » prévus par l'article 93 correspond à celle entre le « tout » et une « partie », c'est-à-dire que les deux notions ne sont pas parfaitement les mêmes mais qualitativement identiques, or les résidents, qui habitent telle ou telle collectivité locale, sont les nationaux ; donc on ne pourrait pas contenir les résidents-étrangers dans les « résidents » prévus par l'article 15, parce que les résidents-étrangers ne sont pas des nationaux.

⁹ La théorie de l'« interdiction » appelle que la Constitution ne permet pas de concéder le droit de vote car donner ce droit est parfaitement contraire au principe de la souveraineté nationale.

¹⁰ La théorie de l'« admission » estime que c'est de la volonté du législateur dont dépend l'attribution du droit de vote. Dès que le législateur a adopté une loi relative à l'octroi de ce droit, cela ne serait être contraire à aucune disposition de la Constitution.

¹¹ La théorie de la « revendication » affirme que l'accord du droit de vote aux étrangers est obligatoirement revendiqué par la Constitution et les dispositions du Code électoral actuelles qui restreignent le droit de vote aux seuls nationaux sont contraires à la Constitution.

¹² Or nous voyons bien que ci-dessus, qu'ils soient favorables ou défavorables, qu'ils appartiennent à la doctrine ou à la jurisprudence, sont fortement inspirés par les arguments développés en Allemagne, surtout avant et après la décision de la Cour constitutionnelle allemande dans laquelle elle a censuré les lois du Land du Schleswig-Holstein et d'Hambourg relatives à l'octroi du droit de vote aux étrangers pour les élections municipales selon l'article 20 alinéa 1 et l'article 28 alinéa 1, même si l'élection dans Hambourg était celle de quartier de cette ville qui n'était pas explicitement mentionnée par les dispositions de la loi fondamentale (arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 octobre 1990). Olivier BEAUD indique que la règle substantielle pour la Cour de traiter deux niveaux des élections municipales de manière identique réside dans l'unicité de la légitimité démocratique (O. BEAUD, « Droit de vote des étrangers et jurisprudence constitutionnelle allemande », *RFDA*, 8 (3) mai-juin 1992, p. 409.) La Cour constitutionnelle allemande a adopté, on pense, la dite théorie « interdiction » sans demander aucune différence entre l'Etat et les collectivités locaux, ni entre les collectivités locaux. C'est pour quoi en Allemagne on a révisé la loi fondamentale pour octroyer le droit de vote local aux citoyens européens en 1992 pour cause de l'introduction du traité de Maastricht.

Il nous semble qu'elle a adopté la théorie de l'« interdiction ». Cette explication ne serait pas contraire à la jurisprudence bien établie par la décision notoire « Maclean »¹³ citée dans cette décision, qui a adopté la théorie dite de la « nature des droits » par laquelle tous les droits et libertés garantis par les dispositions du chapitre III de la Constitution sont également applicables aux étrangers qui habitent notre pays à l'exception des droits estimés garantis seulement aux nationaux Japonais, ainsi que le droit de participer à la vie politique.

Puis la Cour ajoute le deuxième considérant et met l'accent sur l'autonomie locale dans le chapitre VIII de la Constitution exercée par les résidents et regarde les collectivités locales comme si elles étaient les établissements publics du service public et non pas des corps politiques pour approuver le droit de vote local tout en adoptant la théorie de l'« admission ».

II. LA FAIBLE COHÉRENCE DE LA LOGIQUE DE CETTE DÉCISION ET L'ÉTAT ACTUEL DEPUIS LA DÉCISION

Si la Cour s'était arrêtée au premier considérant, elle n'aurait pas provoqué de polémiques outre mesure...

A. – La faible cohérence de la logique de cette décision

Il nous semble qu'il y a contradiction entre le premier considérant qui adopterait la théorie de l'« interdiction » et le deuxième qui adopterait la théorie de l'« admission », bien que la Cour reconnaisse la convergence entre la notion de nationaux dans l'article 15 et de résidents dans l'article 93 dans le premier considérant tout en présupposant l'application du principe de la souveraineté nationale au régime de l'autonomie locale. Alors si l'on reconnaît que la théorie de l'« admission » est issue de la différence entre deux notions – nationaux et résidents –, il est permis d'y constater une incompatibilité entre les deux considérants de cette décision. Pour appliquer la théorie de l'« admission » au niveau local, il faudrait tout d'abord démontrer comment comprendre la relation entre le principe de la souveraineté nationale et le régime de l'autonomie locale, surtout sur le droit de vote des étrangers, démontrer de façon persuasive la non-relation ou non-densité entre eux sans modifier la Constitution.

¹³ C.S.Ass., 4 octobre 1978, *Minshû* (Recueil des décisions des affaires civiles de la Cour suprême), vol. 32, n°7, p. 1223.

Au demeurant, on pourrait juger le raisonnement des considérants insuffisant pour allouer le droit de vote local aux étrangers car la Cour met l'accent exclusivement sur l'autonomie exercée par les habitants eux-mêmes sans mettre en ordre la relation entre les deux principes, bien que les collectivités locales japonaises soient des corps politiques qui disposent de la faculté de légiférer, c'est-à-dire d'établir le règlement général (« Jôrei »), dans la cadre des lois, selon les dispositions constitutionnelles (l'article 94).

B. – *L'état actuel depuis la décision*

Beaucoup critiquée par la doctrine, la décision a toutefois donné le feu vert au législateur de confier le droit de vote aux résidents-étrangers au niveau local parce qu'elle a bien réglé les débats constitutionnels, de telle sorte qu'il n'y avait aucune barrière constitutionnelle.

La balle a été renvoyée au législateur.

Il n'y a aucune évidence ou preuve sur l'influence de la faible cohérence de la logique de la décision de 1995 de la Cour suprême sur le législateur¹⁴, mais après cette décision, on voit des propositions de loi sur l'octroi du droit de vote local être présentées par des députés. Par exemple, en juillet 2000, des députés du Parti Komeï (Komeï-to) ont déposé une proposition de loi selon un accord de plate-forme des politiques entre les trois partis pour former le gouvernement de coalition. En outre, des députés minoritaires du Parti Démocrate ont également déposé au même jour une proposition de loi d'un contenu presque identique que celle du Parti Komeï¹⁵. Mais elles n'ont jamais été adoptées, et demeurent en suspens.

De plus, le gouvernement Hatoyama, mis en place après la grande victoire de son parti Démocrate et l'alternance à l'élection générale en 2009, a préparé la présentation d'un projet de la loi sur l'octroi du droit de vote local aux résidents-étrangers sans aucune catégorie, détenteur d'une autorisation de

¹⁴ Sur ce thème, on pourrait montrer un exemple. Il a fallu 22 ans pour abolir les dispositions concernant le durcissement de la pénalité du meurtre des ascendants d'un article du code pénal, par la loi n°91 de l'année 1995, qui avait été jugé contraire à la Constitution par la décision de la Cour suprême pour la première fois depuis 1946 (C.S.Ass., 4 avril 1973, *Keishû (Recueil des décisions des affaires pénales de la Cour suprême)*, vol. 27, n° 3, p. 265).

¹⁵ Toutes les deux propositions octroient le droit de vote aux résidents-étrangers ordinaires et spécifiques (sur le contenu correct de ces propositions, v. www.shugiin.go.jp/gianall/g14801002.htm). En arrière-plan des dépôts des propositions, on devine que le Président de la Corée du Sud Kim Dai Jung a expressément demandé au gouvernement japonais d'octroyer ce droit aux ressortissants coréens, qui composaient 96,5 % des résidents-étrangers spécifiques (613 769 à la fin de 1998), *selon le principe de réciprocité*. Or on ne compte qu'à peu près 6 000 japonais qui résidaient de façon régulière et permanente en Corée du Sud. Au contraire, la Corée du Nord s'oppose fortement à l'octroi de ce droit qui inciterait l'intégration des ressortissants coréens à la société japonaise.

séjour permanent. Mais ce projet n'a pas été présenté au Diète par le gouvernement, faute de pouvoir surmonter les prises de positions différentes dans le parti et les partis coalisés. Autrement dit, les clivages internes dans chaque parti provoqueraient l'extrême division dans les partis eux-mêmes.

Selon un sondage public d'opinion qui a eu lieu en 2010, 44 % des réponses étaient pour et 47% contre¹⁶ l'octroi de ce droit de vote local aux résidents-étrangers, alors qu'en 1999¹⁷, 65,5% étaient positives sur ce sujet.

L'apparition du gouvernement conservateur Abe du parti Libéral Démocrate due à la chute du gouvernement Démocrate en 2012 et le changement géopolitique de l'Asie de l'Est, en particulier l'accroissement des tensions frontalières et militaires entre le Japon et ses trois pays voisins (la Chine, les Corées du Sud et du Nord) accélérèrent un comportement de rejet à ce sujet.

Notamment après que le Premier ministre Abe ait fait changer l'avis du cabinet concernant le droit de légitime défense collective et a mis dans son programme politique les Forces d'Auto-Défense, de telle sorte qu'il a demandé la révision constitutionnelle, les débats constitutionnels dans ce domaine ont émergé et continuent d'être d'actualité.

Et alors la conséquence est donc que rien n'a rien changé, entre l'avant et l'après de cette décision...

On pourrait déplorer que ces situations ci-dessus aient influencé le changement de préoccupation politico-juridique des nationaux, y compris des constitutionnalistes, et provoqué la sortie du droit de vote des étrangers de la scène des débats juridiques.

CONCLUSION

Dans les années 1980 et 1990, on a trouvé des constitutionnalistes, journalistes et associations qui s'intéressaient à l'octroi du droit de vote aux résidents-étrangers¹⁸. Cependant à cause du changement des situations

¹⁶ YOMIURI, le 17 avril 2010. Ce sondage s'est fait avec KANKOKU-NIPO (Journal quotidien coréen). Du côté coréen, 72 % des réponses étaient pour, et 14 % contre. Suivant le sondage de *Jiji-Tsushin* au mois de Mars 2010, 38,3% étaient pour et 49 % contre ; Même pour les supporters du Parti Démocrate (Parti gouvernemental à l'époque, qui était favorable à l'octroi du droit), 41,4 % étaient pour et 51,6% contre ; pour les supporters du Parti libéral démocrate (Parti de l'opposition à l'époque et Parti gouvernemental actuel), 26,2% étaient pour et 67,3% contre.

¹⁷ YOMIURI, le 5 mars 1999.

¹⁸ Un constitutionnaliste a indiqué trois raisons : premièrement dans les populations étrangères résidant au Japon (environ plus d'un million), on trouve, depuis la deuxième voire la troisième génération des résidents-étrangers ne pouvant exercer leurs droits de vote dans leur pays d'origine ; deuxièmement, l'influence grandissante des pays européens occidentaux qui connaissent un mouvement très puissant visant à introduire le droit de vote aux résidents-étrangers ; et enfin, l'intérêt

géopolitique et politico-juridique, le débat sur l'octroi du droit de vote aux étrangers a perdu son élan¹⁹.

L'octroi du droit de vote aux étrangers est l'aboutissement de l'intégration socio-politique des étrangers dans la communauté politique, mais en l'état actuel au Japon, l'octroi de ce droit ne peut aboutir car le Japon reste de surcroît à l'étape d'acceptation des étrangers...²⁰.

Or l'État-nation est, selon le principe de la souveraineté nationale qui est une forme de démocratie, composé d'une caractéristique dite nationale, et les étrangers qui sont non-nationaux, seraient mis en marge de la communauté nationale. Ils ne pourraient donc avoir eux-mêmes un droit de parole pour intervenir dans la vie publique²¹, ni aucune chance de se transformer en majorité politique.

Nous devons garder cela à l'esprit, même si politiquement, la priorité est ailleurs.

des constitutionnalistes est attisé par le lien étroit reliant le problème de ce droit de vote aux théories principales du droit constitutionnel et de l'Etat. Kazuhiro NAGAO, *Gaïkokujin no sanseiken*, (Le droit des étrangers à la vie politique), Kyoto, Sekaishisōsha, 1999, p. 13 à 15.

¹⁹ On trouve également comme point de vue que le droit de vote aux étrangers risque d'accroître l'influence politique des pays voisins par l'intermédiaire des résidents-étrangers dans les îles frontalières moins habitées et entretenant des contentieux, cela provoque des tensions multiples des différents domaines dans les pays. C'est pourquoi le professeur NAGAO, qui était très fort favorable au droit de vote local, a changé son avis. (*SANKEI*, 28 janvier 2010).

²⁰ Le taux des résidents-étrangers au Japon par rapport de la population totale des japonais est environ 2 % à la fin de juin 2018, bien qu'on ne sache pas le taux exact de transformation (ou transition ?) de l'étape d'acceptation des mains-d'œuvre étrangers sur le sol en celle d'intégration socio-politique dans la société japonaise... Or le gouvernement Abe en 2019 a fait volte-face dans le domaine des travailleurs étrangers à la politique positive d'accueil de la main-d'œuvre étrangère qualifiée, qui aboutissent au total environs 350,000 étrangers dans 5 ans et aurait la possibilité de regrouper les membres de sa famille au Japon, ce qui en résulterait à longue vue de changer le climat politique...

²¹ Dans le cas « Maclean » déjà cité, le demandeur américain avait manifesté contre non seulement la politique extérieure du gouvernement japonais qui avait soutenu le gouvernement américain concernant la Guerre indochinoise, mais également celle du contrôle de l'immigration du gouvernement japonais. Lors du renouvellement de son titre de séjour, le ministre de la Justice, à qu'il appartient de prendre la décision dans ce domaine au Japon, avait rejeté sa demande. La Cour suprême a décidé que le ministre pouvait bien apprécier toutes les situations diplomatiques et politiques afin de juger oui ou non sur le renouvellement. Cela serait que l'étranger ne pourrait pas exercer le droit de parole politique sans risque de perdre le titre de séjour.

PENSER L'IMPENSABLE
LE DROIT DE VOTE DES ÉTRANGERS AUX ÉLECTIONS
NATIONALES DANS LE CONTEXTE MULTINATIONAL
DU LUXEMBOURG ET DANS LE CONTEXTE FÉDÉRAL
DE L'UNION EUROPÉENNE

Luc HEUSCHLING*

Le présent article porte sur un thème qui est une véritable provocation – un *no-go* absolu – pour tous les populistes, de quelque couleur, car ce serait la pire hérésie qui soit à l'aune de leur concept de « peuple » : il s'agit de la participation politique des étrangers, de certains ou de tous, à la vie politique nationale, en particulier aux élections nationales.

À l'heure actuelle, un nombre important d'États en Europe et dans le monde¹ – parmi lesquels ne figure toutefois pas le Japon² – ont accordé le

* Professeur de droit constitutionnel, Université du Luxembourg, Membre de l'Institut grand-ducal, luc.heuschling@uni.lu.

¹ Pour les États de l'Union européenne : https://europa.eu/youreurope/citizens/residence/elections-abroad/index_en.htm. Voir aussi, par ex., le rapport de Kees Groenendijk, *Local Voting Rights for Non-Nationals in Europe : What we know and what we need to learn*, 2008, disponible sur le site <https://www.migrationpolicy.org/research/local-voting-rights-non-nationals-europe-what-we-know-and-what-we-need-to-learn>. En-dehors de l'UE, par ex. en Suisse, où la participation des étrangers est surtout autorisée dans les cantons francophones, voir <https://www.ekm.admin.ch/ekm/fr/home/staatsbuergerschaft-citoyennete/Citoy/buergerrechte/panorama.html>. À noter: toutes les pages internet référencées dans le présent article ont été vérifiées pour la dernière fois à la date du 18 février 2020.

² En 1995, saisie d'un recours de résidents japonais de nationalité coréenne, la Cour suprême a estimé que la Constitution japonaise ne conférait pas le droit de vote aux étrangers, mais ne l'interdisait non plus. La décision en revient au législateur. À noter aussi que des étrangers ont pu voter lors de certains référendums locaux dont la valeur était simplement consultative et dont les modalités étaient définies par la collectivité locale concernée.

droit de vote³, actif voire passif, à tous ou certains résidents étrangers pour les élections locales *stricto sensu*, c'est-à-dire celles ayant lieu au sein des collectivités territoriales de base que sont les communes⁴. Avec le droit de voter aux élections locales va généralement, mais non nécessairement, de pair le droit de participer aux divers mécanismes de démocratie semi-directe organisés au sein de ces personnes morales (révocation d'élus, droit d'initiative d'une norme, demande d'un référendum, vote lors du référendum). Le lien avec l'éligibilité est plus complexe, celle-ci étant ou bien associée ou bien dissociée. Dans quelques rares hypothèses, cette ouverture du corps électoral aux résidents étrangers est très ancienne, remontant au XIX^e siècle (dans le canton suisse de Neuchâtel, cette extension de la citoyenneté, au niveau communal, a existé de 1849 à 1861 et de 1874 à 1888, avant de disparaître jusqu'en 2000⁵), et parfois jusqu'au XVIII^e siècle (dans divers États des États-Unis⁶). En général, toutefois, cette tendance est assez récente. Au Chili, c'est en 1934 que le droit de vote (actif) aux élections municipales a été étendu à la fois aux femmes de plus de 21 ans, sachant lire et écrire, et aux étrangers, de plus de 21 ans, alphabétisés, et résidant depuis plus de cinq ans aux pays. En Europe, l'ouverture date de la seconde moitié du XX^e siècle et a d'abord concerné presque exclusivement le niveau communal, le plus souvent au profit de certains étrangers (Irlande : 1963, Portugal : 1971, Finlande : 1971, Suède : 1975, Danemark : 1977, Norvège : 1978, Jura : 1978, Pays-Bas : 1985, etc.). Au sein de l'Union européenne (UE), ce processus d'élargissement du corps électoral a été accéléré, comme l'on sait, par le traité

³ L'expression « droit de vote », *stricto sensu*, désigne ici de manière classique la participation d'une personne physique à des élections ; lorsqu'il s'agit de désigner le droit de vote d'un individu lors d'un référendum, je le précise par des ajouts (« le droit de voter lors d'un référendum/d'une votation ») ou j'emploie la formule générique, plus large, de « droit de participer aux mécanismes de démocratie semi-directe ». La convention sémantique de certains auteurs francophone suisses (ex. A. Müller, T. Adler [dir.], *État citoyen et citoyens dans l'État. La politique de milice entre mythe et modernité*, Genève, Slatkine, 2015, p. 175) de désigner sous le vocable « droit de vote » exclusivement le droit de voter lors d'un référendum, par opposition au « droit d'élire / droit d'éligibilité active » et au « droit d'être élu / droit d'éligibilité passive », est notée, mais n'est pas reprise ici.

⁴ Certains pays vont aussi jusqu'à accorder le droit de vote pour d'autres collectivités territoriales décentralisées, de niveau intermédiaire, du type « département », « région », « comté », « province », etc. Cette hypothèse pourra encore être rattachée à un concept *lato sensu* de « élections locales ». En revanche, les élections pour les organes directeurs d'un État fédéré (cantons suisses, *Länder* allemands ou autrichiens, Provinces canadiennes, *States* aux États-Unis, etc.) seront assimilées ici aux élections dites « nationales » au sein d'un État unitaire, du fait de l'importance du pouvoir législatif accordé aux États membres d'une fédération.

⁵ T. Christ, « 'Il est juste que ceux qui paient puisse voir ce qu'on fait de leur argent'. Le droit de vote des étrangers dans les débats politiques neuchâtelois de la seconde moitié du XIX^e siècle », *Revue historique neuchâteloise*, janvier/juin 2002, n° 3-4, p. 293 ss.

⁶ J.B. Raskin, « Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1993, p. 1391 ss, spéc. p. 1399 ss.

de Maastricht de 1992 qui, dans le cadre de la citoyenneté européenne, a accordé le droit de vote actif et, en principe, passif, aux élections locales⁷ et européennes⁸ à tous les citoyens de l'UE lorsqu'ils résident sur le territoire d'un État membre autre que leur État d'origine.

Toutefois, le plus souvent, cette mutation fondamentale n'a pas affecté la définition traditionnelle du peuple « national » ou, pour être plus précis, du peuple de la personne morale « État », que celui-ci soit un État unitaire (« peuple national » *stricto sensu*), un État fédéral (« peuple fédéral ») ou un État fédéré (« peuple fédéré »). Les résidents étrangers en restent exclus. Dans la majorité des États dans le monde, l'idée que des résidents qui ne sont pas des ressortissants de l'État concerné, puissent participer à la désignation du parlement étatique, du chef de l'État, voire des juges, ou à un mécanisme de démocratie semi-directe paraît inadmissible, voire impensable (l'impensé est encore plus flagrant dans le cas des apatrides). Souvent, le sujet de la participation des étrangers (et, par extension, des apatrides) à la vie de l'État est carrément tabou.

En France, déjà le projet d'étendre l'actuel droit de vote au niveau local aux ressortissants de pays tiers à l'UE heurte de nombreuses susceptibilités. L'ancien président de la République François Hollande l'avait promis, mais il y a renoncé en cours de mandat ; son successeur Emmanuel Macron s'est refusé à toute promesse lors de la campagne présidentielle de 2017, comme d'ailleurs de nombreux autres candidats. Si un tel projet voyait le jour, il devrait probablement emprunter le chemin, politiquement aléatoire, d'une révision de la Constitution⁹. Quant à l'idée que les étrangers – tous ou certains – puissent voter et, *a fortiori*, candidater lors d'élections nationales, législatives et/ou présidentielles, elle est tout simplement inimaginable en France à l'heure actuelle.

En République fédérale d'Allemagne, dans deux décisions célèbres datant de 1990¹⁰, le Tribunal constitutionnel fédéral a lié l'appartenance au « Volk (peuple) », dont l'existence est consacrée à l'article 20 de la Loi fondamentale, à la nationalité allemande et a imposé cette conceptualisation non seulement au niveau fédéral, mais aussi, via l'article 28 (clause

⁷ Directive 94/80/CE du 19 décembre 1994 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:01994L0080-20130701>

⁸ Directive 93/109/CE du 6 décembre 1993 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0109>

⁹ Sur la nécessité d'une révision, eu égard au lien (discuté) entre les élections locales et la souveraineté nationale, voir A.-V. Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français*, Paris, LGDJ, 2018, p. 363 ss.

¹⁰ Voir les deux décisions du 31 octobre 1990, *BVerfGE* 83, 37 (Schleswig-Holstein) et 83,60 (Hambourg). Les divers actes du procès ont été publiés dans J. Isensee, E. Schmidt-Jortzig (dir.), *Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht*, Heidelberg, F.C. Müller, 1993.

d'homogénéité), aux *Länder* et aux collectivités locales dont les communes¹¹, alors que, dans d'autres systèmes fédéraux (Suisse¹², États-Unis, Argentine, Venezuela), les entités fédérées sont libres, au titre de leur compétence constituante, d'inclure ou non les étrangers dans la définition du peuple au niveau fédéré et/ou local. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle allemande a estimé, en 1990, que la voie pour absorber l'écart croissant entre la population et le corps électoral résidait dans la libéralisation du droit de la nationalité. En 1992 fut certes introduite, suite au traité de Maastricht, une nouvelle disposition dans l'art. 28 LF afin d'autoriser le droit de vote, actif et passif, des citoyens européens aux élections des communes, mais cette disposition est, en général, interprétée comme une exception, à interprétation stricte, qui ne remet pas en cause l'échafaudage jurisprudentiel de 1990.

Au sein de la doctrine allemande, des voix se sont élevées en faveur d'une réinterprétation plus inclusive du concept de « *Volk* », au vu aussi de la nouvelle version de l'art. 28 LF ; mais ces voix restent minoritaires. Au niveau fédéral, le débat politique stagne. Au niveau des *Länder*, des forces politiques de gauche ont lancé diverses initiatives, mais sans résultat tangible¹³. En droit positif, on peut citer cette disposition originale qu'est l'article 22, al. 1^{er} et al. 2, de la Constitution du *Land* de Brandebourg de 1992. Selon cet article, à partir du moment où l'interdiction fédérale susmentionnée sera levée, tous les résidents étrangers devront se voir conférer le droit de vote, actif et passif, pour les élections du parlement du *Land* et des assemblées communales ainsi que le droit de participer à ceux des mécanismes de démocratie semi-directe qui, pour l'instant, leur sont encore interdits (requête d'un référendum, référendum)¹⁴. Une disposition analogue existe aussi dans le *Land* de Saxe-Anhalt (art. 42 Const. 1992)¹⁵. Or, au niveau fédéral, aucune révision sur ce point n'est à l'ordre du jour. En outre, l'art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale, qui soustrait à toute révision certains « principes » dont celui de la « démocratie », risque d'être un verrou insurmontable : selon certains auteurs,

¹¹ Un raisonnement analogue a été développé par la Cour constitutionnelle autrichienne dans sa décision du 30 juin 2004, aff. G 218/03, à propos de l'octroi, par le Land de Vienne, aux étrangers non-UE du droit de vote aux élections municipales. https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_218-03.pdf

¹² Voir les articles 3, 39 § 1er et 51 § 1er Const. fédérale de 1999 ; A. Auer, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Bern, Stämpfli, 2016, p. 401 ss.

¹³ Pour un aperçu, voir A. Wallrabenstein, « Wahlrecht und Mobilität », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 66, 2018, p. 448 ss.

¹⁴ <https://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-212792>

¹⁵ <https://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/bstt/document/jlr-VerfSTrahmen>

le lien entre *Volk* et nationalité allemande ferait partie du noyau intangible, du moins pour ce qui est des niveaux étatiques fédéral et fédéré¹⁶.

Toutes les initiatives plus récentes au sein de certains *Länder* ont également été bloquées. En 2013, le parlement du *Land* de Brême avait adopté en première lecture un projet de réforme de la loi électorale étendant à tous les étrangers le droit de vote actif et passif au niveau local et aux seuls ressortissants européens le droit de vote actif pour les élections législatives du *Land*. Déféré à la Cour constitutionnelle de Brême pour un contrôle préventif, le projet fut déclaré inconstitutionnel à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale de 1990¹⁷. En 2017, dans le *Land* de Rhénanie-du nord-Westphalie, la majorité gouvernementale de gauche avait proposé d'étendre le droit de vote au niveau local aux étrangers non-UE ; très contestée par l'opposition de droite, la révision de la Constitution du *Land* n'a pas obtenu la majorité qualifiée requise.

Si, dans nombre de pays, la participation des résidents étrangers aux décisions les plus éminemment politiques est donc exclue, et peut paraître même insensée, une recherche en histoire du droit et en droits comparés montre pourtant qu'il existe, ou qu'il a existé, un nombre non négligeable de cas où les/des étrangers ont, ou avaient, le droit de participer à la désignation des parlementaires, voire des ministres et/ou du chef de l'État. Les pays à avoir franchi ce fossé sont toutefois en minorité. Dans le passé, à différentes périodes allant du XVIII^e siècle jusqu'au début du XX^e siècle – l'Arkansas est le dernier État à clore, en 1926, cet épisode –, pas moins de 40 États¹⁸ des États-Unis avaient accordé les droits politiques aux résidents étrangers, pour autant qu'ils satisfassent les autres critères, restrictifs, d'âge, de sexe, de fortune, de couleur de peau, etc. Ils pouvaient, dès lors, voter au niveau local, étatique et même fédéral, le corps électoral pour les organes fédéraux étant

¹⁶ Sur ce sujet controversé, comparer les annotations sous l'art. 79 al. 3 LF dans I. von Münch, Ph. Kunig (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 6^e éd., München, Beck, 2012, t. 2, p. 213 ; H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 3^e éd., Tübingen, Mohr, 2015, t. 2, p. 2049.

¹⁷ Arrêt du *Staatsgerichtshof* du 31 janvier 2014, affaire St 1/13. Voir <https://www.staatsgerichts.hof.bremen.de/>, rubrique « Entscheidungen ».

¹⁸ Voir la liste donnée par R. Hayduk, *Democracy for All. Restoring Immigrant Voting Rights in the United States*, Routledge, New York, 2006, p. 19 s. Sur le cas des États-Unis, voir aussi J.B. Raskin, « Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1993, p. 1391-1470 ; G.M. Rosberg, « Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote? », *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, p. 1092 ss ; G.L. Neuman, « We are the people: Alien Suffrage in German and American Perspective », *Michigan Journal of International Law*, vol. 13, 1992, p. 259 ss ; Claire Cuvelier, « Le droit de vote des étrangers aux élections nationales, une tradition britannique et américaine », à paraître dans les actes du colloque organisé par P. Poirier, L. Heuschling (dir.), *Un nouvel horizon de la démocratie ?*.

défini en référence aux électeurs des États¹⁹. La Constitution française de 1793 (Acte constitutionnel, art. 4) avait admis la participation de certains étrangers, méritants²⁰, qui pouvaient même être élus. Si Thomas Paine et Anacharsis Cloots furent membres de la Convention, l'expérience fut toutefois de courte durée. Il existe également d'autres exemples historiques, souvent peu connus. Par exemple, en Belgique, en 1830, les résidents étrangers, remplissant les habituels critères d'un suffrage masculin, censitaire et capacitaire, et ayant résidé pendant six ans au pays, ont pu participer à la désignation de l'assemblée constituante, celle qui élaborera la célèbre Constitution belge de 1831. À l'heure actuelle, il y a plusieurs exemples où le droit de vote, au moins actif, est accordé aux étrangers pour les élections législatives. La liste, qui ne prétend pas être exhaustive, inclut l'Uruguay (depuis 1952 ; aujourd'hui art. 78 Const. 1997, pour certains étrangers méritants²¹), la Grande-Bretagne (en faveur des Irlandais et des *Qualifying Commonwealth Citizens*), la Jamaïque (depuis son indépendance, Const. 1962, sect. 37, 39 et 40²² : tous les ressortissants du *Commonwealth*, résidant depuis un an au pays, sont autorisés à voter lors des élections parlementaires et peuvent, « sauf acte d'allégeance à une puissance ou un État étrangers », se faire élire à la Chambre des représentants ou se faire nommer au Sénat), la Nouvelle-Zélande (depuis 1975), le canton suisse du Jura (depuis sa naissance en 1979 : art. 73 Const. cantonale de 1977 ; art. 3 et 6 loi jurassienne sur les droits politiques de 1978²³), le Chili (art. 14 al. 1^{er} Const. 1980²⁴), le Venezuela (depuis 1983, au niveau des États fédérés), l'Irlande (depuis 1983, en faveur des seuls Britanniques²⁵), le Malawi (tous les étrangers), le Portugal (art. 15 Const. 1976, en faveur des Brésiliens), le Brésil (Const. 1988, en faveur des Portugais), l'État fédéré qu'est la Ville de Buenos Aires (art. 62

¹⁹ Const. 1787, art. 1^{er}, sect. 2, 1^{re} clause ; 7^e amendement. Si certains étrangers pouvaient ainsi participer à la désignation des sénateurs, des représentants ainsi que du président et vice-président des États-Unis, l'éligibilité était, en revanche, liée à la détention de la nationalité états-unienne (art. 1^{er}, sect. 2, clause 2 ; art. 1^{er}, sect. 3, clause 3 ; art. 2, sect. 1, clause 5 ; 12^e amendement).

²⁰ Article 4 : « *Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis ; - tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année - y vit de son travail - ou acquiert une propriété - ou épouse une Française - ou adopte un enfant - ou nourrit un vieillard ; - tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité - est admis à l'exercice des droits de citoyen français* ».

²¹ <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

²² https://www.constituteproject.org/constitution/Jamaica_2015?lang=en

²³ <https://rsju.jura.ch/default.aspx>

²⁴ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

²⁵ En 2008, le ministre irlandais chargé de l'intégration, Conor Lenihan, avait souhaité accorder le droit de vote pour les élections du parlement irlandais à tous les résidents des autres États membres de l'UE. Mais cette initiative ministérielle resta sans suite. Henry McDonald, « EU migrants living in Ireland to be allowed to vote » <https://www.theguardian.com/world/2008/apr/18/ireland.eu>

Const. 1996²⁶), le canton suisse de Neuchâtel (depuis la refonte totale, en 2000, de la Constitution de 1858 : l'article 37 § 1^{er} de la nouvelle Constitution de 2000 confère la qualité d'électeur cantonal non seulement aux Suisses, mais aussi aux étrangers et même aux apatrides²⁷), etc.

La question d'une extension de ce type s'est également posée au Grand-Duché de Luxembourg lors du référendum du 7 juin 2015. C'était le premier référendum portant sur ce type de sujet au sein de l'Union européenne. Plusieurs référendums analogues, visant le niveau de l'État fédéré, ont toutefois déjà eu lieu en Suisse au cours de la période allant de 1977 jusqu'en 2014²⁸. L'extension du droit de vote, dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, a été décidée par référendum et faisait partie d'un projet plus large, entièrement ficelé (Jura : création d'un tout nouveau canton avec sa première Constitution ; Neuchâtel : la refonte totale de l'ancienne Constitution) ; dans ces deux cas, le vote a été positif (Jura, 1977, oui : 80 % ; Neuchâtel, 2000, oui : 76,6 %). Dans d'autres cantons suisses – Vaud en 1992 et 2011, Berne en 1994, Uri en 1995, Soleure en 1997, Glaris en 2010, Bâle-Ville en 2010 (avec deux variantes : l'une maximaliste l'autre minimaliste), Schaffhouse en 2014 ; à quoi l'on peut ajouter encore le référendum à Neuchâtel de 2007²⁹ –, la question d'une extension, aux résidents étrangers, de tous ou certains droits politiques au niveau cantonal (droit de vote actif, droit de participer à la démocratie semi-directe, droit de se faire élire dans certaines instances politiques cantonales) a été également soumise aux électeurs cantonaux (suisse), que ce soit par voie de référendum ou lors de la réunion de la *Landsgemeinde* (le cas de Glaris, 2010). Dans tous ces cas, la proposition soumise portait exclusivement sur la participation des étrangers ; elle a été, à chaque fois, quelle que fut la variante, rejetée à des pourcentages allant, pour les référendums, de 61,0 % (Bâle-Ville, 2010) à 88,5 % (Soleure, 1997). Autrement dit, en Suisse, sur la période de 1977 à 2014, le droit de vote des étrangers au niveau cantonal n'a été approuvé par les électeurs qu'à condition d'être inséré, immergé, caché (?), dans un paquet plus large³⁰.

²⁶ <http://www.cedom.gov.ar/constCABA.aspx>

²⁷ <http://rsn.ne.ch/DATA/program/books/rsne/htm/101.htm>

²⁸ Voir le tableau récapitulatif établi pour cette période par T. Adler, N. Pomezny, H. Moret, « L'éligibilité des étrangers dans les communes suisses » in A. Müller, T. Adler (dir.), *État citoyen et citoyens dans l'État. La politique de milice entre mythe et modernité*, Genève, Slatkine, 2015, p. 178 s.

²⁹ En 2007, une initiative citoyenne proposait d'accorder aux étrangers également le droit de se faire élire au parlement et au gouvernement cantonaux ; lors du référendum du 17 juin 2007, le non l'a emporté avec 59,3 % des suffrages (T. Adler, N. Pomezny, H. Moret, *op. cit.*, p. 179).

³⁰ Cette conclusion se confirme lorsqu'on analyse également les résultats des référendums portant sur la participation des étrangers à la vie politique communale. Voir T. Adler, N. Pomezny, H. Moret, *op. cit.*, p. 203 s (« Un objet qui passe dans un 'paquet', mais impopulaire en votation spécifique ») et le tableau p. 178 s.

Au Luxembourg, la question n°2 du référendum portait également, de manière spécifique, sur la participation des étrangers. Le résultat a été, en fin de compte, identique : l'extension du droit de suffrage pour l'élection à la Chambre des députés s'est heurtée à un rejet important à 78,02 %³¹. En même temps, pas moins de 21,98 % des suffrages valides y étaient favorables, ce qui n'est pas rien. Surtout : la question – n'en déplaise à d'aucuns – n'est pas définitivement close, ni pour le Luxembourg, ni, de manière générale, pour tous les autres pays membres de l'UE. Car, si on analyse de plus près les précédents historiques des divers États fédéraux dans le monde – ce qui, dans ce contexte, est rarement fait –, il apparaît que le processus d'intégration de l'UE, s'il se poursuit, est *susceptible* d'engendrer une ouverture du corps électoral national à l'égard d'une catégorie d'étrangers (les « étrangers-UE »), ce dont peu d'acteurs et observateurs sont actuellement conscients.

Dans ce qui suit, je voudrais, dans le sillage d'autres travaux, contribuer à éclairer cet angle mort, ou impensé, qu'est la participation des étrangers au processus de décision au sein de la démocratie étatique. À ce titre, je vais d'abord, dans une première partie, présenter la question référendaire du 7 juin 2015 dans le contexte social particulier – de plus en plus multiculturel et multinational – du Luxembourg. Qu'est-ce qui a, en effet, amené les autorités de l'État luxembourgeois à poser, de surcroît par voie de référendum, une telle question, de prime abord surprenante, dérangeante, voire explosive ? Dans la deuxième partie, il convient de creuser les raisons qui, à la fois au Luxembourg et ailleurs, ont pu servir de justification à une telle redéfinition du corps des citoyens au niveau étatique. Il y a, en effet, une multitude de manières d'explorer et d'imaginer cet au-delà de la démocratie nationale. Or seuls certains arguments ont informé le débat luxembourgeois. Partant du résultat négatif de la votation du 7 juin 2015, la troisième partie se veut prospective : eu égard, d'une part, à la situation démographique du Luxembourg et, d'autre part, à l'évolution potentielle, voire probable, de l'UE, j'avance la thèse que l'enjeu de la participation des étrangers aux élections nationales resurgira dans l'avenir, si ce n'est à moyen terme, du moins à long terme, et ce à la fois au Luxembourg, mais aussi au sein de l'UE. Bref, que l'on soit pour ou contre, il faut continuer – voire, dans certains cas, commencer – à réfléchir à cet « au-delà ».

³¹ Pour les détails des chiffres, voir *infra* note 102.

I. LE RÉFÉRENDUM DU 7 JUIN 2015 : L'ENJEU DU DROIT DE VOTE DES ÉTRANGERS DANS LE CONTEXTE PARTICULIER DU LUXEMBOURG

A. – *Un contexte démographique extrême qui aiguise le débat théorique*

Alors qu'au cours du XIX^e siècle, le Grand-Duché de Luxembourg – pays très pauvre – était un pays d'émigration, il devint par la suite un pays à forte immigration. Le développement d'une puissante sidérurgie à partir de la fin du XIX^e siècle, l'installation des institutions européennes (CECA, CEE, Euratom, UE) dans les années 1950 au Grand-Duché et, enfin, la croissance du secteur financier et bancaire à partir des années 1980 ont provoqué un important appel d'air sur le marché de travail. Les immigrés provenaient, et proviennent d'ailleurs toujours, dans leur très large majorité d'autres pays européens (France, Portugal, Italie, Belgique, Allemagne, etc.), ce qui assure une *certaine* proximité culturelle. Si le droit luxembourgeois de la nationalité de la fin du XIX^e siècle était assez favorable à la naturalisation des étrangers, les règles et les pratiques sont devenues autrement plus restrictives à partir des années 1930 (avec, en particulier, l'accent mis sur le *ius sanguinis*, l'interdiction de cumul de nationalités jusqu'en 2008, la nécessité d'une approbation parlementaire pour toute naturalisation, l'allongement de la durée de résidence, l'exigence de tests en langue luxembourgeoise, la perte de sa nationalité par toute femme luxembourgeoise épousant un étranger, etc.)³².

Pour toutes ces raisons, le nombre d'étrangers résidant au Luxembourg ne cessait de croître, à quoi l'on peut encore ajouter le taux très élevé de frontaliers (des personnes, essentiellement de nationalité étrangère, vivant plus moins proche des frontières luxembourgeoises et travaillant au Luxembourg). À l'époque du référendum de 2015³³, les résidents de nationalité étrangère formaient plus de 45,9 % de la population luxembourgeoise ; la très grande majorité de ces étrangers étaient des ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne (85,8%). Aucun autre pays dans l'UE ne connaît de tels chiffres : au sein de l'UE, en termes de pourcentage de non-nationaux, le Luxembourg est à la première place loin devant les autres (n°2 est Malte, avec moins de 20 %, la plupart des pays

³² D. Scuto, *La nationalité luxembourgeoise (XIX^e et XX^e siècles)*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012.

³³ STATEC, *Population par nationalités détaillées 2011 – 2015*, Luxembourg, 2015. Population totale au 1^{er} janvier 2015 : 562.958 ; Luxembourgeois : 304.279 ; Étrangers : 258.679, dont 222.192 ressortissants des autres pays de l'UE.

tournent autour de 10 % voire en-dessous de 5 %) ³⁴. Il est à noter également que le taux de présence des étrangers ne cesse d'augmenter depuis des décennies. En 1961, les non-Luxembourgeois représentaient 13,2 % de la population totale de 314.900 habitants ; en 2017 ce chiffre s'élevait à 47,7 % (population totale de 590.667), en 2019 à 47,5 % sur un total de 613.894 individus ³⁵. Certes, le législateur a assoupli en 2017 les conditions d'accès à la nationalité luxembourgeoise, mais tout le monde s'attend à ce que le pourcentage des étrangers continue à croître et dépasse un jour les 50 %. La présence des étrangers est donc un élément essentiel de l'existence actuelle du Luxembourg sur le plan économique, social, culturel et linguistique. La main d'œuvre locale ne suffit pas pour répondre aux besoins de l'économie. Leur présence contribue à une ambiance de plus en plus cosmopolite et multiculturelle, même s'il existe aussi des phénomènes de compartimentage.

Sur le plan politique, cette situation démographique « extrême » soulève des questions théoriques qui, dans d'autres pays, compte tenu du caractère plus marginal de la présence étrangère, peuvent, à la limite, rester dans une certaine pénombre.

– Qui fait partie du « peuple » ou du « pays » (c'est le mot clé utilisé par l'art. 50 de la Constitution luxembourgeoise datant de 1868 ³⁶) que les membres de la Chambre des députés du Grand-Duché de Luxembourg, pour l'instant élus seulement par des électeurs de nationalité luxembourgeoise, sont censés représenter ? Sont-ils censés défendre seulement les intérêts des électeurs luxembourgeois qui les ont élus ou, plus largement, de tous les nationaux luxembourgeois (y compris ceux qui n'ont pas pu ou voulu voter) ou, plus largement encore, les intérêts de tous les habitants du Luxembourg (y inclus les résidents étrangers), voire même des frontaliers (puisque ceux sont soumis, sur des points essentiels, à la législation luxembourgeoise : en particulier, ils paient l'impôt sur le revenu au Luxembourg) ?

– Un système politique dans lequel la quasi-moitié, voire plus de la moitié de la population, du fait de sa nationalité ou pour quelque autre raison, n'a pas le droit de vote peut-il prétendre à la qualité de « démocratie » ? Quelle

³⁴ Pour un aperçu comparatif des données démographiques au 1^{er} janvier 2018, voir https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/fr&oldid=449883#Population_migrante:_22.2C3.C2.A0millions_de_ressortissants_de_pays_tiers_vivaient_dans_l.E2.80.99Union_au_1er.C2.A0janvier.C2.A02018

³⁵ Voir le tableau établi par le STATEC retraçant l'évolution de la part des étrangers dans la population depuis 1961

http://www.statistiques.public.lu/stat/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=12858&IF_Language=fra&MainTheme=2&FldrName=1

³⁶ Art. 50 : « La Chambre des députés représente le pays. Les députés votent sans en référer à leurs commettants et ne peuvent avoir en vue que les intérêts généraux du Grand-Duché ».

doit être la définition du « peuple », du *demos*, entendu comme corps électoral, dans un régime qui se dit « démocratique » ?

Jusqu'à la césure imposée de l'extérieur, en 1992, par le traité de Maastricht, le droit électoral luxembourgeois restait des plus fermés : aucune participation des étrangers aux élections politiques, locales ou nationales, n'était autorisée³⁷. Du reste, lors de la négociation de ce traité, le Luxembourg avait argué de la spécificité de sa situation – le taux particulièrement élevé d'étrangers sur son sol, avec le spectre d'un « maire portugais » ne parlant pas le luxembourgeois –, afin d'obtenir de ses partenaires européens de multiples dérogations au principe d'égalité de traitement entre les nationaux et les autres ressortissants de l'UE. Par la suite, de manière surprenante, le législateur luxembourgeois a néanmoins renoncé peu à peu, par une succession de petites et prudentes réformes de la loi électorale, au bénéfice de ces dérogations. Au niveau communal, le droit de vote actif a été étendu aussi aux ressortissants de pays tiers à l'UE (après une durée de résidence légale de cinq ans au Grand-Duché, exigence qui s'applique aussi aux ressortissants des autres États membres de l'UE)³⁸. Quant aux restrictions initiales à l'éligibilité au niveau communal, elles ont été levées : à présent, tout ressortissant étranger (« UE » ou « non-UE ») peut non seulement se faire élire au conseil communal³⁹, mais aussi – ce qui, en 1992, était exclu – devenir membre de l'exécutif communal, y compris bourgmestre (maire)⁴⁰. À l'heure actuelle, tous les étrangers ont donc, après une durée de résidence de cinq ans, le droit de vote actif et passif au niveau local (il n'existe pas de collectivités locales de niveau intermédiaire au Luxembourg). Pour ce qui est des élections européennes, le droit de vote actif et passif est reconnu, actuellement, sans durée de résidence minimale, aux ressortissants des autres États membres de l'UE (les étrangers provenant de pays tiers à l'UE restent exclus)⁴¹.

En 2013, le débat sur la participation politique des étrangers a connu un infléchissement majeur, lorsque plusieurs acteurs, en fonction de motifs plus ou moins convergents (les associations de défense des droits des immigrés,

³⁷ Pour une synthèse utile du régime juridique des étrangers à la fin des années 1970, lire A. Huss, « Rapport luxembourgeois. L'attribution du droit de vote à un niveau autre que national aux résidents étrangers, particulièrement aux ressortissants des pays de la C.E.E. », *Rivista Centro Emigrazione* (Rome), n°49, 1978, p. 160 ss.

³⁸ Art. 2 de la loi électorale du 18 février 2003 tel que modifiée à ce jour. La législation luxembourgeoise est accessible sur le site internet du journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg : www.legilux.lu

³⁹ Art. 192 de la loi électorale précitée.

⁴⁰ Pour les modalités de désignation du bourgmestre et des échevins parmi les membres du conseil communal, voir la loi communale du 13 décembre 1988, telle que modifiée à ce jour, art. 59 ss et art. 38 ss.

⁴¹ Art. 3 et art. 285 de la loi électorale précitée.

des représentants du milieu des entreprises dont l'influente Chambre de commerce, des forces politiques de gauche, en particulier le parti socialiste), prônaient une réforme encore plus ambitieuse : l'octroi aux étrangers du droit de vote pour les élections à la Chambre des députés du Grand-Duché. Après les élections législatives d'octobre 2013, qui, de manière insolite, avaient vu l'émergence d'une coalition sans cet acteur central qu'était le parti chrétien-social, la nouvelle majorité formée des libéraux, socialistes et écologistes a repris ce thème dans le cadre de leur volonté de moderniser le pays.

B. – *Le recours au référendum et les termes de la question référendaire* n°2

La réflexion sur une révision totale de l'actuelle Constitution luxembourgeoise de 1868 – processus parlementaire entamé en 2009 (proposition n°6030) – a pris une nouvelle tournure à partir de 2013. Dans le cadre de cette révision, le nouveau gouvernement a proposé d'organiser un référendum, dont le principe et la valeur ont été discutés⁴², et dont l'une des trois questions portait sur la participation des étrangers aux élections législatives nationales.

Le choix même de la voie référendaire, sur un sujet aussi sensible, peut surprendre, et ce à deux égards. D'une part, le référendum est un instrument très peu utilisé dans la tradition politique luxembourgeoise (il y a eu, en tout, quatre référendums avant 2015 : deux en 1919, un en 1937, puis celui de 2005). D'autre part, si les décideurs luxembourgeois n'étaient sans doute pas au courant du résultat presque toujours négatif en Suisse de référendums portant *spécifiquement* sur la participation des étrangers, tous avaient, en revanche, à l'esprit le dernier référendum luxembourgeois de 2005, sur le

⁴² Certains acteurs (en particulier le parti ADR, de tendance populiste) ont considéré, à tort me semble-t-il, que l'organisation de ce référendum était contraire à la Constitution. La controverse portait également sur la nature – consultative ou décisionnelle – d'un référendum organisé sur le fondement de l'art. 51 § 7 Const. Traditionnellement, les acteurs politiques luxembourgeois ont interprété l'art. 51 § 7 Const. de manière restrictive, en arguant qu'un tel référendum ne pouvait, en droit, qu'être consultatif. En même temps, sur le plan de la morale politique, eu égard à l'idéal *moral* de la démocratie, ces mêmes acteurs s'estimaient liés par la « décision » du peuple. Pour ma part, j'ai développé la thèse que l'art. 51 § 7 Const., combiné avec l'art. 1^{er} Const. (le principe *juridique* de la démocratie), exigeait, en droit, le respect des résultats d'un référendum. Voir L. Heuschling, « Illégal ? Consultatif ? Deux questions juridiques à propos du premier référendum constituant » & « La rédaction des quatre questions : lumières et ombres », *Forum*, n°345, novembre 2014, p. 7-12 ; *id.*, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51 § 7 Const. Lux.). Une déconstruction historique », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2015, n°1, p. 1-49 ; « De la démocratie au Luxembourg, ou : Pourquoi et jusqu'à quel point les référendums de l'art. 51 § 7 Const. sont-ils décisionnels ? », *Journal des tribunaux. Luxembourg*, 2016, n°43 du 5 février 2016, p. 1-14. Les articles sont disponibles via la page internet : https://wwwfr.uni.lu/fdef/droit/equipe/luc_heuschling

traité constitutionnel européen, lequel avait failli tourner au désastre pour ses instigateurs. Le choix, en 2015, de la voie référendaire de l'art. 51 § 7 Const. pour faire avancer la cause des droits politiques des étrangers au Luxembourg s'explique par le blocage de la voie alternative, celle d'une simple adoption par voie parlementaire : comme le parti chrétien social, grâce à sa minorité de blocage à la Chambre des députés, empêchait toute avancée sur ce point dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle Constitution, la seule possibilité ouverte à la nouvelle coalition était de s'adresser directement au peuple, en espérant qu'un « oui » de sa part – oui qui ne nécessitait qu'une majorité simple parmi les votants – obligerait, sur le plan moral à tout le moins, l'opposition à infléchir sa position à la Chambre des députés. Le référendum était à la fois la seule voie d'issue, pour court-circuiter le blocage à la Chambre des députés, et un habile moyen de pression, si le vote populaire devait être positif.

La question n°2 soumise aux électeurs luxembourgeois lors du référendum national du 7 juin 2015, et qui, de loin, était perçue dans le débat public comme la question centrale, était formulée comme suit (je cite d'après la version française⁴³) :

« Approuvez-vous l'idée que les résidents non luxembourgeois aient le droit de s'inscrire de manière facultative sur les listes électorales en vue de participer comme électeurs aux élections pour la Chambre des députés, à la double condition particulière d'avoir résidé pendant au moins dix ans au Luxembourg et d'avoir préalablement participé aux élections communales ou européennes au Luxembourg ? »

La question ainsi posée était, par certains aspects, très ouverte à la participation des étrangers, par d'autres plus réservée. Parfois, la solution, simplement esquissée, restait floue.

Côté ouverture : l'extension du droit de vote envisagée devait profiter à tous les « non-Luxembourgeois » (ce qui, de prime abord, inclut aussi les apatrides), sans qu'il ne soit fait de distinction entre, d'un côté, les ressortissants d'un autre État membre de l'UE et les titulaires d'un passeport d'un pays tiers à l'UE. Ces deux dernières catégories ont été, fréquemment, réunies sous le terme « étranger ». Ce terme figurait même, à rebours de la version française, dans les versions luxembourgeoise et allemande de la question n°2 ; il a aussi été employé par la plupart, mais non la totalité des acteurs dans le débat politique, médiatique, social, etc. Autrement dit, selon

⁴³ Loi du 27 février 2015 portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution, *Mémorial A*, n°35 du 4 mars 2015, p. 358; doc. parl. 6738. Les deux autres questions portaient sur l'extension des droits politiques aux jeunes de plus de 16 ans (question n°1) et sur la limitation à une durée de dix ans des mandats ministériels d'une personne (question n°3).

cette convention sémantique, les citoyens européens originaires des autres États membres de l'UE seraient toujours des « étrangers » au plein sens du terme (ce qui, en vérité, est inexact, les choses étant plus compliquées : dans le cadre de l'UE, ils ne font plus partie des « autres », mais du « nous »). On notera en passant que le cas, spécifique, des apatrides n'a jamais été évoqué dans le débat (les termes « non-Luxembourgeois » et « étrangers » ont été employés comme des synonymes).

Autre ouverture : la participation des étrangers, des « non-Luxembourgeois », à la vie politique, au sein de l'État luxembourgeois, était, à première vue, sans limites matérielles. Elle devait se répercuter à la fois au niveau de la législation ordinaire, de l'investiture et du contrôle du gouvernement, des révisions de la Constitution et, enfin, de l'accord parlementaire à la ratification de traités (traités qui, en droit luxembourgeois, ont un rang supra-constitutionnel). Car c'est la même Chambre des députés, une fois issue des élections, qui est investie de toutes ces compétences. Est-ce que, tout de même, les nationaux luxembourgeois auraient gardé l'exclusivité de décider des fondations de l'État, si, conformément à l'article 114 de la Constitution luxembourgeoise, un référendum était réclamé, par des députés ou des électeurs, à propos d'une révision déjà adoptée en première lecture par la Chambre des députés ? Auraient-ils été les seuls à voter lors d'un référendum organisé en vertu de l'article 51 § 7 Const. ? Sur ce point sensible, quelque peu perdu de vue dans le débat de 2015, la question n°2 ne fixait pas un cadre clair. La formulation même de la question n°2, centrée sur la participation à la désignation des députés (« ...le droit de s'inscrire ... *sur les listes électorales en vue de participer comme électeurs aux élections pour la Chambre des députés...* »), et ne mentionnant pas de manière explicite, à l'inverse de la question n°1 sur l'octroi de droits politiques aux jeunes, les référendums, pouvait être comprise comme valant exclusion de ce type de droit politique. En même temps, selon le droit positif en vigueur en 2015 (art. 51 § 7 et art. 114 Const.)⁴⁴, les votants aux référendums n'étaient autres que les « électeurs inscrits sur les listes électorales pour les élections législatives ». Le droit de vote aux élections législatives entraîne le droit de vote lors d'un référendum, ce que les auteurs de la question n°2 avaient à l'esprit en formulant la question⁴⁵. Au final, comme le référendum du 7 juin 2015 ne portait que sur un principe général – une « idée directrice » –, que la Chambre

⁴⁴ Lire l'avis du Conseil d'État du 13 janvier 2015, doc. 6738-1, p. 5.

⁴⁵ Ce point n'a été clarifié qu'à la fin, et de manière peu visible, dans le processus parlementaire (rapport final de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 11 février 2015, rédigé par Alex Bodry, doc. parl. 6738-5, p. 4). Tous les documents parlementaires précédents restaient elliptiques à cet égard (voir la proposition initiale 6378, p. 5 ; l'avis du Conseil d'État du 13 janvier 2015 doc. parl. 6738-1, p. 5-6 ; doc. parl. 6738-2, p. 2, etc.).

des députés devait encore, en cas d'approbation, inscrire dans la nouvelle Constitution, sans être du reste juridiquement liée par les termes du référendum consultatif, les deux options étaient, en vérité, possibles *de lege ferenda* : le maintien de l'identité entre « électeurs » et « votants lors d'un référendum » ou leur déconnexion. À l'étranger, en particulier en Suisse, connue pour l'ancienneté et la richesse de sa culture de « milice », les solutions varient : dans le canton du Jura, les étrangers sont exclus de la participation à certains référendums importants, ceux précisément qui portent sur une révision de la Constitution et sur la ratification de certains traités et conventions à incidence constitutionnelle⁴⁶ ; à l'inverse, dans le canton de Neuchâtel, ils peuvent participer à tous les mécanismes de démocratie semi-directe sans restrictions, en particulier en matière de révision de la Constitution⁴⁷.

Côté « fermeture » relative (dont l'impact précis restait à évaluer) :

Selon la solution inscrite dans la question n°2, seul le droit de vote actif aurait été attribué ; l'éligibilité était implicitement exclue. En démocratie, la dissociation entre le droit de vote actif et passif est plutôt inhabituelle : généralement, lorsqu'on raisonne sur la situation des nationaux, le droit de vote et l'éligibilité sont considérés comme le deux versants d'une même médaille. En ce sens, d'aucuns (dont l'auteur du présent article) se sont interrogés lors de la campagne référendaire sur le point de savoir si l'attribution du droit de vote actif ne déboucherait pas, à terme, sur l'octroi de l'éligibilité, ce qui, pour les avocats du « non », était un argument de plus pour rejeter la question n°2 du référendum. Faudrait-il penser le lien entre ces deux « faces » de manière différente lorsqu'est en jeu le statut électoral des étrangers ? Dans les pays qui ont autorisé tous ou certains étrangers à participer aux élections législatives, la réponse varie. Certains donnent/donnaient le droit de vote actif et passif (ex. Royaume-Uni, Jamaïque, divers États des États-Unis dans le passé, etc.). D'autres limitent, et ce depuis longtemps, l'inclusion au seul droit de vote actif : c'est le cas de la Nouvelle-Zélande, du Chili, de l'Uruguay, du Portugal, du Jura, de Neuchâtel⁴⁸, dans le passé les États-Unis pour les élections fédérales, etc.

⁴⁶ Art. 3 § 2 de la loi jurassienne du 26 octobre 1978 sur les droits politiques, version actuelle, <https://rsju.jura.ch/fr/viewdocument.html?idn=20013&id=36763&v=6> : « Les étrangers ne participent pas au scrutin touchant la matière constitutionnelle (art. 77, lettres a, b et f, de la Constitution cantonale) » ; A. Auer, *op. cit.*, p. 404.

⁴⁷ Const. cantonale 2000, articles 40 à 44, 100 à 104.

⁴⁸ Art. 47 Const. 2000. Ce même article autorise le législateur à prévoir le cas échéant l'accessibilité des étrangers (mais non des apatrides) aux fonctions juridictionnelles cantonales ; mais le législateur ne s'est pas engagé sur cette voie pour l'instant (A. Auer, *op. cit.*, p. 404). Comme déjà

Autre restriction : pour pouvoir s'inscrire, le non-Luxembourgeois devrait satisfaire, outre les conditions ordinaires applicables déjà aux électeurs luxembourgeois (âge, absence de condamnation pénale, etc.), deux conditions « particulières » qui étaient cumulatives. Le premier critère était une durée de résidence – pas nécessairement continue – qui était assez longue : dix ans. En Nouvelle Zélande et en Jamaïque, la durée requise est seulement d'un an, au Chili et à Neuchâtel de cinq ans ; aux États-Unis, dans le passé, elle pouvait également être très réduite : deux ou trois ans, voire six mois⁴⁹ ; en Uruguay, elle est en revanche de quinze ans. À noter la solution particulière du canton du Jura, qui, progressivement, a pris en compte le contexte fédéral et donc un séjour effectué par l'étranger à l'extérieur du canton considéré : alors qu'initialement l'étranger devait être domicilié pendant dix ans au Jura, depuis 2006 la règle est de dix ans de domiciliation en Suisse dont, au moins, une année (la dernière) dans le canton du Jura⁵⁰. Une telle perspective, fédérale, n'a pas été considérée dans le cadre de la question n°2.

La seconde condition mise en avant dans la question n°2 du référendum était une « participation » soit aux élections communales soit aux élections européennes. Selon ce critère, inédit en droits comparés, les non-Luxembourgeois devaient prouver, de cette façon, leur intérêt pour la chose publique, locale ou européenne, afin de pouvoir prétendre à une participation à la chose publique nationale. Ces deux conditions ont été justifiées, par les auteurs de la loi du 27 février 2015, par l'idée d'une « intégration progressive »⁵¹. Or, de facto, du moins dans un premier temps, cette deuxième condition devait fonctionner comme un mécanisme restrictif, car, en 2015 (et encore à l'heure actuelle), le taux d'inscription des étrangers sur les listes électorales pour les élections communales et européennes était/est extrêmement faible. L'inscription des étrangers sur les listes électorales est, en droit actuel, facultative : elle dépend de l'initiative de l'individu concerné qui peut choisir de ne pas faire ces démarches administratives. Il/elle échappe ainsi à l'obligation de vote qui vaut à l'égard de toute personne, une fois qu'elle est inscrite sur les listes électorales. À l'inverse, l'inscription des électeurs de nationalité luxembourgeoise sur les listes électorales est

mentionné, l'initiative citoyenne proposant d'accorder aux étrangers l'éligibilité au parlement et au gouvernement a été rejetée lors du référendum du 17 juin 2007 (voir supra note 29).

⁴⁹ En ce sens, par ex. : Constitution de l'Illinois de 1818, version originelle, art. 2 sect. 27 <https://archive.org/stream/constitutionofst00inilli#page/8/mode/2up>

⁵⁰ Art. 3 § 1^{er} de la loi du 26 octobre 1978 sur les droits politiques, version actuelle, <https://rsju.jura.ch/fr/viewdocument.html?idn=20013&id=36763&v=6>

⁵¹ Voir doc. parl. 6738-00, proposition de loi déposée par A. Bodry, E. Berger, V. Loschetter, p. 5.

« automatique » : l'administration est obligée de les inscrire d'office, dès qu'elle dispose de l'information qu'un ressortissant luxembourgeois remplit toutes conditions légales pour voter. Selon le régime esquissé par la question n°2, les Luxembourgeois auraient continué à être soumis à une obligation de vote autrement plus incisive et contraignante du fait de l'inscription d'office par l'administration : on attend de leur part, sous peine de sanctions pénales, un engagement civique ferme et constant. À l'inverse, les étrangers auraient pu, en quelque sorte, court-circuiter l'obligation de vote, et rester en retrait du processus électoral luxembourgeois, en s'abstenant de faire les démarches administratives en vue de leur inscription. Les régimes des deux groupes auraient donc sensiblement divergé, ce qui, souvent, a été critiqué en particulier par les défenseurs du « non » (les étrangers seraient mieux traités, en matière d'obligation du vote).

II. LA VARIÉTÉ DES DISCOURS EN FAVEUR D'UNE AUTRE DÉLIMITATION DU « PEUPLE », INCLUANT LES/DES ÉTRANGERS

Quels ont été les principaux arguments en faveur ou en défaveur de cette proposition de réforme ? L'extrémité de la situation sociale locale appelle des positions théoriques claires, tranchées, en ce qui concerne la définition de « démocratie » et du concept de « peuple ». Or celles-ci ont été diamétralement opposées lors des débats de 2013/2015.

Du côté du « non », les arguments – relatifs au contenu de la question posée⁵² – étaient assez classiques : il s'agissait de défendre le statu quo, i.e. la définition classique, usuelle, du *demos* en démocratie, définition qui lie la citoyenneté entre autres critères à la nationalité⁵³. Nombreux étaient ceux qui, face à une solution qui leur paraissait proprement inédite, voire unimaginable, et dont les effets étaient difficilement prévisibles eu égard au nombre élevé

⁵² Pour certains, le « non » était, aussi, une manière de sanctionner le nouveau gouvernement qui, à leurs yeux, aurait été investi de manière illégitime. Sur l'incidence de ce facteur, lié à la non-participation au gouvernement du parti chrétien social, qui était arrivé en tête lors des élections de 2013, cf. l'étude sur les causes du rejet de R. Kies, « Étendre le droit de vote des étrangers aux élections législatives : Pourquoi les Luxembourgeois n'en veulent pas ? », in N. Fahrat, P. Poirier (dir.), *Démocratie(s), parlementarisme(s) et légitimité(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 222 ss, disponible sur : <https://orbi.lu.uni.lu/handle/10993/39866>

⁵³ Pour une récusation du droit de vote des étrangers au nom d'une théorisation autrement plus sophistiquée et renouvelée du principe de démocratie, lire l'étude éclairante du politologue Michel Dormal, « Wählen ohne Staatsbürgerschaft ? Das Ausländerwahlrecht in der demokratietheoretischen Diskussion », *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 57, 2016, p. 378 ss. De nationalité luxembourgeoise, l'auteur se réfère, à titre incident, au débat luxembourgeois. Selon lui, le droit de vote des étrangers, ès qualité d'étranger, serait un pis-aller par rapport à leur véritable reconnaissance dans le processus (conflictuel) démocratique via le truchement de l'ouverture de la nationalité.

de résidents étrangers, ou bien jouaient la carte d'une sage prudence (à l'instar de la consigne de vote lancée par le principal parti d'opposition, le parti chrétien social : « une croix est vite faite »), ou bien cédaient à un sentiment irréprouvable de peur, de peur pour soi et/ou le pays. C'est dans cette dernière configuration qu'il convient de situer aussi la crainte d'une relégation, voire d'une élimination, de la langue luxembourgeoise. Parfois, en particulier sur certains médias sociaux, le discours était franchement nationaliste et xénophobe.

Pour nombre de défenseurs du « non », admettre le droit de vote des étrangers, surtout lorsque leur nombre approchait ou même dépassait les 50 %, revenait à un déni de démocratie, à une subversion du « vrai » peuple, entendu au sens du peuple national composé exclusivement des ressortissants nationaux (avec, de manière sous-jacente, des évocations plus ou moins explicitées et radicales d'une certaine « identité » ou « homogénéité » ethnico-culturelle). Selon les protagonistes les plus radicaux du camp du « non », les « étrangers » étaient de « parfaits étrangers », et c'est à ces « parfaits étrangers » qu'il s'agissait de « donner les clés de la maison », de la Cité⁵⁴. L'enjeu était existentiel : les Luxembourgeois risquaient, un jour, d'être minoritaires dans le pays, qui ne serait plus *leur* pays. Ce serait un scénario catastrophe, marquant l'aliénation politique de surcroît volontaire – comble de l'absurde !⁵⁵ – des Luxembourgeois, bref un suicide politique. Si l'on va jusqu'au bout de cette logique, la majorité étrangère, si elle atteignait des niveaux encore plus élevés, pourrait au pire décider de supprimer l'État du

⁵⁴ Je reprends ici un propos tenu par Mme Antoinette Welter, professeure de lycée en retraite, qui, dans divers débats publics, a défendu le « non » sur un ton qui n'était pas exempt d'une certaine virulence (le discours frisait la xénophobie, voire l'antisémitisme) et, en tout cas, déployait un discours anxiogène et catastrophiste selon lequel les étrangers, une fois qu'ils auraient le droit de vote et formeraient des partis politiques propres à eux, prendraient le pouvoir au Luxembourg et réduiraient les Luxembourgeois à une minorité opprimée. Voir, en particulier, le film « Referendum 2015 Ausländerwahlrecht » qu'elle a mis sur youtube <https://www.youtube.com/watch?v=7zjP0odhkVc#t=18> Lors d'une conférence organisée par mes soins le 12 mai 2015 à l'Université du Luxembourg, réunissant des représentants des diverses sections jeunes de la plupart des partis politiques luxembourgeois, Mme Welter, lors d'une prise de parole, a résumé les termes du débat sur le droit de vote des étrangers comme suit : « Seriez-vous d'accord de donner les clefs de votre maison à de parfaits étrangers ? »

⁵⁵ Dans une intervention remarquée sur la radio RTL (« Carte blanche » du 18 février 2015), et relayée par le site internet de Nee2015, Paul Kremer, ancien professeur de lycée en philosophie, et figure assez connue au Luxembourg de par ses interventions régulières à la radio, avait énoncé un verdict cinglant à l'égard de l'idée du droit de vote des étrangers (un « non-sens », une « contradiction en soi »). Citant le dicton populaire luxembourgeois « *Guttheet ass bekanntlech e Stéck vun der Dommheet* » (la générosité est signe de stupidité), il a appelé, en ce mercredi des cendres, à se couvrir la tête de cendres face à une telle bêtise. <http://www.rtl.lu/meenung/carte-blanche/607577.html> Voir aussi F. Keup, « Als eenzegt Vollek keen national Parlament méi », *Luxemburger Wort*, 11 avril 2015, p. 14 (« Domat hätte mir eis Natioun an eis Souveränitéit ofgeschaf ») ; F. Bour, « Luxemburg schafft sich ab », *Luxemburger Wort*, 20 mai 2015, p. 14.

Luxembourg (suppression non interdite, en l'état actuel du droit constitutionnel luxembourgeois, faute de limite matérielle à la révision de la Constitution). Si ce scénario catastrophe n'a pas été, publiquement, évoqué et discuté, un autre l'a été.

D'aucuns voyaient, en effet, dans le droit de vote des étrangers un suicide de la langue nationale luxembourgeoise, langue qui, souvent, est érigée en critère essentiel de ce qu'est, culturellement, un Luxembourgeois. La place de la langue luxembourgeoise doit être évaluée, schématiquement, à deux égards : en société, d'une part, et au sein de l'État, d'autre part.

Dans la vie sociétale (ou « privée » lato sensu), le Luxembourgeois est fortement concurrencé par pléthore de langues : le français, l'anglais, le portugais, l'allemand, l'italien, à quoi il faut ajouter toutes les langues, variées, parlées par les habitants aux origines de plus en plus diverses. À rebours d'une conception authentiquement libérale de la société, et de l'État, qui valorise, et protège, la liberté des acteurs privés dans le choix de leur(s) langue(s) d'expression, une fraction de Luxembourgeois s'offusque de cette polyphonie, au motif, récurrent et réducteur, qu'il est « impossible d'acheter, en luxembourgeois, un croissant chez le boulanger ». « On ne se sentirait plus chez soi ».

Du côté de l'État, la situation de la langue luxembourgeoise est, aussi, complexe. Si l'État luxembourgeois a, officiellement, trois langues de travail (luxembourgeois, français, allemand⁵⁶ ; à quoi il faut ajouter, à travers diverses réglementations sectorielles, l'anglais⁵⁷), ce plurilinguisme du sujet « État » est, en vérité, très variable et, du coup, déséquilibré selon les secteurs visés de la vie étatique. Cet État ne s'exprime pas, toujours, dans ces trois langues. Si le Luxembourgeois est déclarée langue « nationale » par la loi de 1984, cette qualification n'a pas le même sens qu'à l'étranger. Ainsi, à l'inverse des solutions prévalant à l'étranger, tous les textes de lois au Luxembourg sont rédigés non pas en Luxembourgeois, ou dans les trois langues, mais seulement en français ou, à de rares occasions, en allemand. En justice, le français prédomine, avec, toutefois, une certaine place laissée à l'oral au Luxembourgeois et, à la marge, à l'allemand. Dans la pratique administrative, le Luxembourgeois est, en général, présent à l'oral et absent à l'écrit ; il est largement concurrencé par le français. Le seul espace (étatique) où le Luxembourgeois règne, à peu près, en « maître », et ce depuis seulement le milieu du XX^e siècle, est le débat politique, i.e. les échanges oraux (mais non écrits !) qui ont lieu à la Chambre des députés, au gouvernement et, par extension, dans les compagnes électorales et les médias. Il n'y a pas de

⁵⁶ Loi du 24 février 1984 sur le régime des langues.

⁵⁷ La connaissance de l'anglais est, par exemple, exigée pour devenir haut fonctionnaire.

traduction systématique, et ce pas même à destination des Luxembourgeois sourds-muets. Or, en cas d'extension du droit de suffrage, les étrangers se verraient admis dans l'espace politique, sans devoir apprendre préalablement la langue luxembourgeoise (comme c'est le cas, jusqu'à un certain point, pour la naturalisation). Du coup, selon les contempteurs du droit de vote des étrangers, l'introduction de ce dernier déboucherait, par la force des choses, à ce que la politique nationale soit discutée en français, une langue à l'égard de laquelle une partie grandissante de citoyens luxembourgeois sont de plus en plus réticents⁵⁸.

Dans ce qui suit, je vais me concentrer sur les arguments du « oui »⁵⁹. Car, face à cette tradition séculaire et quasi omniprésente liant citoyenneté et nationalité – renforcée de surcroît, au Luxembourg, par l'argument de la défense de la langue luxembourgeoise –, il est intéressant, et utile, de s'interroger comment il est possible de penser autrement le *demos*. De ce point de vue, lorsqu'on sort des chemins battus, l'observateur s'aperçoit tout d'abord qu'il existe à l'heure actuelle, et qu'il a existé dans le passé, un nombre non négligeable de cas où les/des étrangers se sont vus reconnaître le droit de vote (actif, voire passif) aux élections nationales (et, par extension, aux référendums nationaux), et que les motifs d'une telle solution, de prime abord surprenante, sont très nombreux et variés (au total, je compte pas moins de onze arguments !). C'est sur fond de cette richesse impressionnante qu'il est possible de cerner les logiques discursives qui ont été déployées, ou non, dans le débat luxembourgeois.

A. – *Les huit arguments présents ailleurs, mais absents ou marginaux au Luxembourg*

À ce titre, il est loisible de mentionner pas moins de huit arguments.

⁵⁸ On observe de nos jours, parmi une partie notable des Luxembourgeois, une hostilité croissante à l'égard de la langue française, perçue comme une langue « étrangère au peuple luxembourgeois » dont la seule langue serait le luxembourgeois, et comme une langue imposée au peuple par ses élites francophiles et les étrangers, pour la plupart francophones (cf. le phénomène « Parlez français », avec ou sans « s.v.p »). Voir S. Cames, « Die Eliten und ihr Volk – das Sprachendilemma », *Forum*, n°353, juillet 2015, p. 6 ss ; F. Fehlen, « Parlez français, s.v.p. ! », *Forum*, n°177, juillet 1997, p. 37 ss. La revue *Forum* est accessible sur internet: <https://www.forum.lu/>

⁵⁹ L'étude qui suit s'appuie sur les sources suivantes : les tracts et documents établis en vue du référendum de 2015 ; les échanges dans les principaux journaux du Luxembourg (articles de journalistes et lettres de lecteurs) ; les débats publics (politiques et/ou sociaux) qui ont été transcrits ou dont j'ai été témoin ; de manière plus marginale et incomplète : les discussions sur les médias sociaux.

Était totalement absente dans le débat au Luxembourg – et ce à juste titre – une certaine logique postcoloniale ou post-impériale (argument n°1). Il arrive en effet que, du fait du lien politique tissé dans le cadre d'un empire colonial, l'ancienne métropole et/ou une ancienne colonie ouvre son corps électoral étatique à l'égard des ressortissants de l'autre pays, dès lors que ceux-ci résident sur son territoire national et qu'ils ont été autorisés, préalablement, à y entrer (la délimitation du corps électoral se fait via les critères de la législation sur l'immigration). Ce cas peut être illustré par l'exemple actuel des législations électorales britannique⁶⁰, jamaïcaine et irlandaise et encore par l'exemple du Portugal, qui, sous réserve de réciprocité, a ouvert son corps électoral national aux ressortissants de certaines de ses anciennes colonies (les pays lusophones : cf. art. 15 Const. 1976)⁶¹.

Autre motif totalement absent au Luxembourg en 2015 et déjà dans le passé : l'idée d'une union personnelle, existante ou passée, avec un autre État (argument n°2). De 1918 à 1944, lorsque le Danemark et l'Islande étaient liés par une union personnelle, les ressortissants de l'un des États, résidant dans l'autre État, y avaient le droit de vote⁶². Cet argument n'a jamais joué un rôle au Luxembourg, pas même lorsque le sort du Luxembourg, de 1815 jusqu'en 1890, était lié à celui des Pays-Bas (une union d'abord réelle, puis personnelle, via la même dynastie).

⁶⁰ En vertu du *Representation of the People Act 2000*, sont ainsi admis, au sein du corps électoral pour l'élection de la Chambre des communes du Royaume-Uni, outre les « Britanniques » *stricto sensu* (ce que la loi britannique relative à la « British Nationality » appelle les « British Citizens »), les Irlandais et les « *Qualifying Commonwealth Citizens* ». Pour appartenir à cette dernière catégorie, il faut non seulement être ressortissant d'un pays appartenant au Commonwealth, mais, en plus, résider sur le territoire du Royaume-Uni, ce qui, pour certains, mais non pour tous, suppose l'obtention d'un visa. Cf. Claire Cuvelier, « Le droit de vote des étrangers aux élections nationales, une tradition britannique et américaine », à paraître dans les actes du colloque organisé par P. Poirier, L. Heuschling (dir.), *Un nouvel horizon de la démocratie ?*. À noter également : selon le droit britannique, les Irlandais sont bien des étrangers (*Alien*) au sens de la loi britannique sur la nationalité. En revanche, des personnes issues du Commonwealth peuvent prétendre à la nationalité britannique. En ce sens, le droit de vote d'un Irlandais habitant au Royaume-Uni est bien une illustration de l'idée du droit de vote des *étrangers* ; en revanche, dans le cas d'un Canadien habitant au Royaume et, par ailleurs, titulaire de la nationalité britannique (en plus de la nationalité canadienne), il est loisible d'y voir simplement l'application de l'idée classique du droit de vote des *nationaux*, à ceci près que la nationalité britannique est accordée de manière très extensive. Du côté des anciennes colonies de l'empire britannique, toutes n'offrent pas, en retour, le droit de vote aux nationaux britanniques. Ce n'est pas/plus le cas, par ex, au Canada (cf. art. 3 *Constitution Act 1982* et art. 3 *Canada Elections Act 2000* qui exigent la nationalité canadienne) ; dans le passé, la situation était différente, certaines provinces accordant le droit de vote aux Britanniques.

⁶¹ À l'heure actuelle, du fait de l'exigence de la réciprocité, seul les Brésiliens se sont vu reconnaître le droit de vote actif (mais non passif) au niveau national.

⁶² L'exemple est cité par R. Keil, *Kants Demokratieverständnis und Ausländerwahlrechte heute*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 411 s.

Troisième argument absent : le souhait d'un rapprochement avec un autre État, argument qui, au contraire, en Allemagne, en 1919, avait justifié l'habilitation des ressortissants autrichiens résidant en Allemagne à participer à la désignation de l'assemblée constituante allemande, celle qui allait établir la Constitution dite de Weimar⁶³. Le but était de favoriser l'inclusion dans l'Allemagne de ce nouvel État qu'était « l'Autriche allemande » (*Deutsch-Österreich*) issue de l'éclatement de l'Empire austro-hongrois⁶⁴. Cette « dénationalisation » du droit de vote, dans le cadre de l'assemblée constituante de Weimar, n'était, en vérité, que transitoire, en attendant l'inclusion en bonne et due forme de l'Autriche dans la nation allemande – incorporation qui, au final, n'a pas eu lieu, du fait de son interdiction par le traité de Versailles. Cette ouverture ciblée et temporaire ne marquait pas une césure par rapport à l'idée de l'État-nation, car, selon l'opinion dominante de l'époque, l'Autriche allemande faisait partie de la nation allemande au sens culturel et linguistique.

Comme dernier argument absent (n°4), il y a lieu de citer celui de l'impossibilité d'établir avec certitude la nationalité des habitants et d'opérer ainsi un tri sur le plan administratif : en 1830, dans le cadre de la révolution belge, furent autorisés à désigner les membres du Congrès national, et donc de l'assemblée constituante du nouvel État belge, non seulement les Belges satisfaisant aux usuels critères de sexe (masculin), d'âge (plus de 25 ans) et de fortune ou « capacité », mais aussi les étrangers domiciliés en Belgique depuis plus de six ans. « Cette extension était fondée – comme l'écrit Alfred

⁶³ Cf. Verordnung des Rates der Volksbeauftragten über die Teilnahme der Angehörigen der deutsch-österreichischen Republik an den Wahlen zur verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung du 7 janvier 1919, *Reichsgesetzblatt*, 1919, p. 15. Pour le texte, sur internet, du RGBI : <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1919&page=217&size=45> Il n'est pas clair, à la lecture du texte de loi et de la littérature (voir par ex. G. Anschütz, R. Thoma (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Mohr, Tübingen, t. 1, 1930, p. 121) si les Autrichiens-allemands (*Deutschösterreicher*) jouissaient également de l'éligibilité pour l'assemblée constituante allemande.

⁶⁴ L'éventualité d'un rapprochement avec l'Allemagne a aussi justifié, du côté de l'Autriche, l'inclusion, en 1929, d'une nouvelle deuxième phrase dans l'article 26, al. 1^{er}, de la Bundesverfassungs-Gesetz de 1920. À partir de 1929, l'article 26, al. 1^{er}, énonçait : « *Der Nationalrat wird vom Bundesvolk auf Grund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Wahlrechtes der Männer und Frauen, die das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben, nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt* [Le Conseil national est élu par le peuple fédéral sur la base du droit de vote égal, direct, secret et personnel des hommes et femmes ayant atteint l'âge de 21 ans et selon les principes de la représentation proportionnelle]. *Ob und unter welchen Voraussetzungen auf Grund staatsvertraglich gewährleisteter Gegenseitigkeit auch Personen, die nicht die Bundesbürgerschaft besitzen, das Wahlrecht zusteht, wird in dem Bundesgesetz über die Wahlordnung geregelt.* [Il revient à la loi électorale fédérale de régler la question de savoir si, et à quelles conditions, des personnes qui n'ont pas la nationalité de la fédération peuvent également, sur le fondement de traités garantissant la réciprocité, se voir reconnaître le droit de vote] (...) ». La 2^e phrase a été rayée en 1968.

Giron – sur ce qu'il y avait en Belgique, en 1830, un grand nombre de personnes dont la nationalité était douteuse »⁶⁵.

Parmi les arguments présents à la marge du débat luxembourgeois, l'on peut relever d'abord celui de l'encouragement de l'immigration (argument n°5). Aux États-Unis, le droit de vote des étrangers aux élections locales, étatiques et fédérales s'inscrivait d'abord, au XVIII^e et au début du XIX^e siècle, dans la logique censitaire consistant à réserver le pouvoir politique à une élite, formée de propriétaires blancs, de sexe masculin et d'un certain âge. Les critères de la fortune et de la race primaient celui de la nationalité, d'autant que les étrangers provenaient principalement des pays de l'Europe du nord. Mais, l'objectif d'attirer de nouveaux immigrants était présent dès le début et n'a cessé, par la suite, de prendre de l'ampleur. Il justifiait ainsi l'ouverture du corps électoral⁶⁶. Ce motif a été évoqué tout au plus de façon incidente au Luxembourg, par certains acteurs qui envisageaient la question sous l'angle de l'économie luxembourgeoise et de ses besoins en personnel qualifié (cf. le rôle instigateur joué par la Chambre de commerce, en 2013, dans le lancement du débat). Mais cet argument n'était pas au cœur du débat en 2015.

Il en allait de même de l'argument humaniste selon lequel le droit de vote découle de la dignité humaine et constitue donc, non pas un droit réservé aux nationaux, mais un véritable droit de *l'homme* (argument n°6). Étroitement articulé avec la définition de la démocratie comme un rapport d'adéquation entre destinataires des lois et auteurs des lois (voir infra II^e partie, B, point 3), l'argument de la dignité humaine avait été mis en avant en Allemagne, en 1990 et en 2014, devant les cours constitutionnelles, par les défenseurs des réformes opérées à Hambourg, au Schleswig-Holstein et à Brême⁶⁷. On le retrouve aussi, en doctrine, dans les écrits des professeurs favorables à une réinterprétation radicale de la Loi fondamentale en vue de la participation politique des étrangers⁶⁸. Au Luxembourg, l'argument était un peu présent dans l'argumentaire de l'Association de soutien aux travailleurs immigrés

⁶⁵ A. Giron, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Bruxelles, Bruylant, vol. 3, 1896, verbo « Organisation politique ancienne », p. 44. <https://archive.org/details/dictionnaireddr03/girouoft/page/44/mode/2up>

⁶⁶ Sur les motivations historiques, voir en particulier l'étude précitée de J.B. Raskin, p. 1397 ss.

⁶⁷ Voir *supra* note 10.

⁶⁸ Voir par ex. Thomas Gross, « Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung ? », *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 2011, p. 142 ss ; id., « Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirklichung der ausländischen Bevölkerung », *Kritische Justiz*, 2011, p. 303 ss ; R. C. van Ooyen, « Nicht Integration, sondern Partizipation : das Ausländerwahlrecht als Menschenrecht einer liberalen Theorie des Staatsvolks », *Internationale Politik und Gesellschaft*, 2011, p. 134 ss ; id., *Ausländerwahlrecht. Demokratietheoretisches und verfassungspolitologisches Plädoyer für ein Menschenrecht*, 2e éd., Frankfurt, Verlag für Verwaltungswissenschaft, 2018.

(ASTI), qui fut l'un des premiers et plus fervents défenseurs de la participation politique de tous les étrangers⁶⁹. Il figurait encore dans un manifeste en faveur du « oui » publié par des artistes⁷⁰ et, surtout, dans le discours du député Franz Fayot (parti socialiste) à la Chambre des députés le 24 février 2015⁷¹. Mais cet argument n'a pas été davantage repris et développé dans le débat public.

Plus présent, quoique toujours à la marge, a été l'argument de l'Union européenne (argument n°7). Encore faut-il préciser de quoi il s'agit précisément, car un certain argument relatif à l'UE était présent, même *très* présent, alors qu'un autre l'était assez peu. L'argument peu présent, et peu influent, consistait dans l'idéal de « l'union sans cesse plus étroite » entre les peuples de l'UE. Ainsi qu'on le verra dans la III^e partie, l'histoire des États fédéraux montre que le processus de création d'une fédération a abouti, tôt ou tard, à l'inclusion dans le corps électoral de chaque État membre de tous les ressortissants des autres États membres résidant sur le territoire de cet État. L'extension, en vertu du traité de Maastricht, du droit de vote communal aux autres ressortissants de l'UE peut d'ailleurs être considérée comme une première étape dans cette évolution. Faut-il aller plus loin dans ce sens ? L'idée en a été défendue en 2012 par le projet d'initiative citoyenne européenne « *Let me vote* ». Dans le débat luxembourgeois de 2013-2015, peu d'acteurs ont mobilisé cet argument⁷². Le débat s'est focalisé non pas sur l'avenir de l'*Europe*, mais sur celui du *Luxembourg* en tant qu'État particulier, avec ses problèmes spécifiques⁷³.

En revanche, tous les avocats du « oui » ont mentionné cette évolution majeure, déjà établie, qu'est l'ouverture du droit de vote pour les élections

⁶⁹ ASTI, *Pour le droit de vote...*, p. 4 : « Accorder le droit de vote, c'est (...) se mettre en phase avec l'exigence universelle des droits de l'homme, de régulation des sociétés humaines, dans le sens de l'égalité de tous les êtres humains ». Voir aussi *ibid.*, p. 6, où est réaffirmée cette égalité absolue entre nationaux et étrangers, en réduisant la nationalité au passeport, et le passeport à un simple document administratif : « Qu'est-ce qui distingue réellement ces étrangers des résidents de nationalité luxembourgeoise, si ce n'est qu'ils n'ont pas le passeport luxembourgeois ? En quoi un autre passeport change-t-il la nature et la valeur de la personne qui le détient ? ».

⁷⁰ « Appel de représentants du milieu culturel : Culture, citoyenneté et fraternité », *Luxemburger Wort*, 28 avril 2015, p. 2.

⁷¹ *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, sess. ord. 2014-15, n°9, p. 338. Voir aussi sa mention incidente dans R. Graf, « *Awunnerwahlrecht* : Dürfen oder müssen », publié dans le journal des écologistes *Woxx*, 28 mai 2015.

⁷² Voir tout au plus : J. Boden, « *E Vergleich mat de Gemengewahlen* », *Luxemburger Wort*, 11 avril 2015, p. 14-15 ; U. Kensing, « *Dagegen stimmen heisst Desintegration* », *Luxemburger Wort*, 22 avril 2015, p. 13 ; D. Velazquez, « *Die EU-Dimension des Ausländerwahlrecht* », *Luxemburger Wort*, 23 mai 2015, p. 4 ; M. Velazquez, « *Reculer pour mieux sauter* », *Luxemburger Wort*, 20 juin 2015, p. 22.

⁷³ Pour une illustration, parmi d'autres : V. Bruck, « *Leçons révolutionnaires sur le vote pour tous* », *Forum*, n°326, 2013, p. 29-30.

européennes et locales. Cet élément était régulièrement rappelé afin de contextualiser le débat sur la deuxième question du référendum⁷⁴. En même temps, il ne s'agissait que d'une contextualisation. Car, sur le plan normatif, l'argument de l'UE n'était pas vraiment de nature à justifier une réponse positive à la question n°2. Il y a un certain écart, en termes de procédure et de fond. D'une part, dans le contexte des processus de fédéralisation, que ce soit en Suisse, en Allemagne, aux États-Unis, etc., l'ouverture du corps électoral national de chaque État membre a été décidée de manière collective, au niveau fédéral, par l'ensemble des États membres ; or en l'espèce, les autorités luxembourgeoises ont soumis au peuple luxembourgeois, et à lui seul, la question n°2, sans débat préalable au niveau de l'UE. D'autre part, sur le fond, la question n°2 du référendum envisageait non pas une ouverture ciblée à l'égard des seuls ressortissants des autres États membres de l'UE (logique « européenne »), mais une ouverture à l'égard de *tous* les étrangers (logique cosmopolite). Or cette solution véritablement universaliste et humaniste ne pouvait se justifier à l'aune de l'idéal d'une union sans cesse plus étroite entre Européens.

Servaient également de contextualisation – argument n°8 – au débat luxembourgeois les innombrables exemples d'États étrangers qui, à l'heure actuelle ou dans le passé, ont accordé le droit de vote aux étrangers pour des élections politiques autres que les élections communales. Ont été cités, mobilisés, décortiqués, acceptés ou rejetés les exemples du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande, des États-Unis, du Chili, de l'Uruguay, de la Suisse, etc. Mais, comparaison n'est pas raison : il ne suffisait pas de trouver un exemple étranger pour que celui s'impose, *ipso facto*, au Luxembourg. Pour cela, il fallait encore un argument normatif convaincant. Toutefois, l'argument comparatif a contribué à fragiliser la position du « non », car l'existence même de ces solutions alternatives avait pour effet d'ouvrir un nouvel horizon, de rendre pensable ce qui jusque-là était inimaginable. Elle « dénaturait » la solution classique qui ne pouvait plus arguer d'aller de soi, d'être « naturelle » : elle s'avérait, à son tour, être une construction intellectuelle et sociale qui, le cas échéant, peut être remplacée par un autre échafaudage.

⁷⁴ Il est impossible de citer toutes les références, tant elles sont nombreuses. À titre d'exemples représentatifs, voir ASTI, *Pour le droit de vote...*, op. cit., p. 6 ; Minté, *Oui au droit de vote. Pourquoi ?*, p. 13 ; M. Lorang, « Plädoyer für das Einwohnerrecht », *Tageblatt*, 7 avril 2015, p. 16 ; Ch. Bumb, « Scheindebatte ! Nein, Notwendigkeit ! », *Luxemburger Wort*, 28 mars 2015, p. 19.

B. – *Les trois arguments principaux en faveur du « oui » dans le débat luxembourgeois*

Pour l'essentiel, la réforme proposée a été justifiée par trois arguments que je propose d'appeler « l'argument de l'intégration sociale », « l'argument de la contribution des étrangers sur le plan économique et fiscal » et, enfin, « l'argument du déficit démocratique ». Souvent, ces arguments ont été imbriqués et mêlés ; la présentation qui suivra les expose, à l'inverse, de manière séparée, sous forme idéal-typique, et visera à en dégager toutes les conséquences logiques.

1. *Une meilleure intégration des étrangers : « faire société ensemble »*

La nécessité d'une meilleure intégration des étrangers via le droit de vote a été défendue en particulier par l'Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI)⁷⁵ et d'autres associations de défense des étrangers à l'instar du Comité de liaison des associations d'étrangers (CLAE). Depuis leur création – 1979 pour l'ASTI, 1985 pour le CLAE –, ces associations ont revendiqué le droit de vote des étrangers au niveau local, voire national. Ce discours de l'intégration était le plus humaniste, idéaliste et ouvert. À la différence du discours économique (cf. infra point 2), il n'excluait et ne stigmatisait personne, ni du côté des étrangers (à une réserve près), ni du côté des Luxembourgeois. C'est l'idée que des personnes vivant ensemble dans un même pays ne vivent de façon « intégrée » – qu'ils forment *une* société, ensemble⁷⁶ – qu'à condition de définir, ensemble, la politique de la Cité. C'est ce que résume la devise de l'ASTI : « vivre, travailler, décider ensemble ». L'idée même d'une différenciation entre nationaux et étrangers, en termes de droit de vote, est dès lors jugée en soi discriminatoire, injuste, d'autant que, selon l'ASTI, les deux catégories auraient les mêmes obligations (on pense, en particulier, à l'obligation de payer les impôts)⁷⁷. S'il l'on va jusqu'au bout

⁷⁵ L'argumentaire de l'ASTI a été défini, en vue du référendum du 7 juin, dans un document de travail interne « Pour le droit de vote de tous les résidents du Luxembourg. Contexte et arguments » datant de septembre 2014 (14 p.). Ce document très dense du point de vue de l'argumentation a servi de contribution et a inspiré en partie la brochure plus synthétique, élaborée, publiée et distribuée au grand public par la plateforme Migrations et intégrations (Minté), dont fait partie l'ASTI : *Oui au droit de vote. Pourquoi ? Jo zum Wahlrecht. Firwat ?* (42 p., sans date = 2015).

⁷⁶ Cf. la devise « Faire société ensemble » utilisée par Furio Berardi, président du CLAE dans l'interview donnée au *Quotidien*, 9 mars 2015, p. 2, ainsi que déjà par son prédécesseur Franco Barillozzi, « Dépasser l'étroitesse du critère de la nationalité », *Forum*, n°326, 2013, p. 41.

⁷⁷ ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 2 : « Il est inadmissible que les résidents non luxembourgeois vivant actuellement au Luxembourg – et représentant presque la moitié de la population – aient les mêmes obligations que les ressortissants luxembourgeois, sans jouir des mêmes droits ». En note de bas de page (note 9), l'ASTI relativise toutefois cette première affirmation en admettant que les

de cette logique, il faut donner le droit de vote non seulement actif, mais aussi passif⁷⁸ à tous les étrangers résidant légalement sur le territoire. Seuls les étrangers en situation irrégulière seraient exclus.

Selon cette argumentation, l'intégration sociale passe par l'intégration politique. Ce serait un moyen, nécessaire, mais non suffisant, pour assurer la « cohésion sociale » et éviter les « communautarismes »⁷⁹. On suppose, d'une part, que l'étranger/ère se sentira davantage impliqué/e et valorisé/e dans la Cité, si elle/il prend part aux décisions qui engagent l'avenir de la société. D'autre part, le regard des nationaux sur les étrangers se transformerait : ils verront davantage en eux des concitoyens, bref des égaux, dont les intérêts méritent d'être sérieusement pris en considération.

Sur le premier plan, l'argument reste à vérifier empiriquement. Pour l'instant, au niveau communal, l'engouement des étrangers pour la participation aux élections a été très réduit au Luxembourg. Il faut aussi noter qu'aux yeux des étrangers provenant de pays hors UE, en particulier ceux provenant de pays en voie de développement (et qui sont encore soumis à un véritable statut d'étranger), l'intérêt premier est de pouvoir séjourner, voyager et travailler librement en Europe. Pour ce faire, le sésame est, et reste toujours, la nationalité (le passeport européen) et non le droit de vote. Pour eux, la nationalité (avec en plus le droit de vote) est, objectivement, préférable à un droit de vote sans nationalité.

Sur le plan juridique, l'argument de l'intégration peut également être critiqué. Car il présuppose que l'accès à la citoyenneté, via l'obtention de la nationalité luxembourgeoise, serait bloqué. Dans ce cas, effectivement, le seul moyen d'obtenir le droit de vote serait l'attribution du droit de vote à l'étranger *ès qualité d'étranger*. Or le droit luxembourgeois actuel de la nationalité ne se revendique pas d'une conception fermée, ethnique, de la « nation », où jamais un étranger, même après avoir résidé toute sa vie dans le pays, ne pourrait intégrer le club fermé de la nation, et où, en plus, il serait obligé d'abandonner son lien juridique avec son pays d'origine (depuis 2008, le droit luxembourgeois autorise le cumul de deux, voire plusieurs nationalités⁸⁰). À cet argument, d'aucuns ont répondu, à juste titre, qu'il serait

nationaux et étrangers n'ont pas les mêmes obligations, du point de l'obligation du service militaire et de l'obligation d'aller voter.

⁷⁸ Ce point est clairement admis par l'ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 5 : « Le droit de vote (et dans un deuxième temps, nous l'espérons, l'éligibilité !), en permettant aux résidents étrangers de se sentir reconnus et représentés, serait un symbole très fort de la part de l'État pour favoriser l'intégration des étrangers qui vivent au Luxembourg ».

⁷⁹ ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 3, 5.

⁸⁰ Loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise (*Mémorial A*, 2008, n°158). Pour que, toutefois, la double nationalité soit effective, l'État d'origine doit également l'autoriser, ce qui n'est pas toujours le cas.

pour le moins fastidieux, pour des étrangers qui, au cours de leur carrière et vie, se déplacent régulièrement d'un pays à un autre, de devoir accumuler les nationalités de tous ces pays afin de pouvoir participer à la démocratie du pays dans lequel ils vivent à telle période⁸¹. En outre, la durée de résidence exigée dans les différents pays en vue de l'attribution de la nationalité, aurait pour effet que, pendant ce laps de temps (ce « temps de carence »), la participation à la démocratie de ce pays serait exclue⁸². Dans le contexte luxembourgeois, il est à noter que l'adoption de la réforme suggérée dans le référendum du 7 juin, n'aurait pas eu pour effet d'éliminer cette durée de carence (cette durée serait même plus longue : 10 ans, au lieu de 7 ans, à l'époque, pour obtenir la naturalisation).

En revanche, octroyer le droit de vote aux étrangers en tant qu'étrangers aurait pour effet de leur donner ce droit sans leur imposer l'apprentissage de la langue luxembourgeoise. Cet élément a été particulièrement critiqué par les protagonistes du « non » qui ont érigé la langue luxembourgeoise en marqueur quasi exclusif de l'identité nationale luxembourgeoise, alors même qu'il peut être argué que la spécificité traditionnelle du Luxembourg – État et société – réside dans un plurilinguisme plus ou moins bien maîtrisé selon les individus, et que c'est l'ouverture aux langues et aux cultures qui est un atout crucial de nos jours.

2. La reconnaissance de leur apport économique et fiscal : non taxation without representation

La deuxième logique discursive très présente dans le débat luxembourgeois était celle de la contribution, cruciale, des étrangers à l'économie du Luxembourg et au budget de l'État, via les impôts payés. L'argument était développé en particulier par les milieux d'affaires du

⁸¹ Argument avancé par un membre du public lors d'une conférence grand public sur le référendum du 7 juin donnée, à la Faculté de droit, par Philippe Poirier et moi-même le 28 avril 2015. Cf. aussi S. Urbany, « Einwohnerwahlrecht aus linker Perspektive », *Tageblatt*, 4 juin 2015, p. 18.

⁸² À cet argument, les défenseurs du « non » ont rétorqué, en général, que ces étrangers pouvaient très souvent voter dans leur pays d'origine. Il est certain qu'il existe à l'heure actuelle une tendance parmi les États démocratiques européens (France, Italie, Portugal, Royaume-Uni, Pologne, Suisse, Allemagne, etc.) à offrir à leurs ressortissants vivant à l'étranger le droit de participer aux élections du parlement national (Chambre haute, voire basse) et/ou du président de la République. La plupart des étrangers résidant au Luxembourg ne font toutefois pas usage de ce droit. Cf. la contribution de P. Poirier au colloque *Un nouvel horizon pour la démocratie ?* En outre, si, objectivement, les étrangers ont intérêt à participer aux élections de leur pays (car ils restent, en partie, notamment en matière d'état civil, de service militaire, voire en droit fiscal, soumis au droit de leur pays), cet intérêt est toutefois limité car les étrangers sont, de manière croissante, soumis au droit dans lequel ils résident (droit pénal, droit administratif, droit fiscal, droit des affaires, droit de la sécurité sociale, etc.). Voir *infra* l'analyse de l'argument démocratique.

Luxembourg qui ont joué un rôle important dans le lancement de ce sujet en 2013. Lors de la conférence organisée en 2013 par la Chambre de commerce en coopération avec l'ASTI et la Chambre des métiers, l'intégration politique des étrangers a été défendue au motif que ce sont eux qui déploient le plus l'esprit d'entreprise, dont dépend le succès futur de l'économie luxembourgeoise⁸³. Or, selon la Chambre de commerce, une grande partie des Luxembourgeois se destinent à des métiers de la fonction publique, métiers dits « non productifs ». Ce discours a également été développé, en janvier 2013, par le ministre de l'économie Etienne Schneider, qui, plus tard, lors des élections législatives anticipées du 20 octobre 2013, était la tête de liste du parti socialiste (LSAP). Lors d'une interview au journal *Luxemburger Wort*, en janvier 2013, Etienne Schneider a affirmé : « *Je suis convaincu que tous ceux qui vivent, travaillent, ont des enfants, et qui contribuent à travers leurs impôts doivent avoir le droit de décider sur la politique d'un pays, de participer au processus décisionnel. Cela me semble logique* »⁸⁴. À diverses reprises, des défenseurs du « oui » se sont également référés à la célèbre devise *No taxation without representation* utilisée par les anciennes colonies anglaises d'Amérique du nord dans leur lutte pour l'indépendance à l'égard de la couronne britannique.

Selon ce discours, le critère légitime d'attribution de la citoyenneté n'est pas le critère de la nationalité, mais celui de la « productivité » ou, plus largement, de l'apport de chacun à la survie et au bien-être matériel de la société. Ce discours n'est pas sans évoquer celui des libéraux du XIX^e siècle qui, en considérant que seuls les propriétaires avaient des biens, et donc des intérêts en cause dans le jeu politique – eux seuls étaient, pour utiliser un terme d'aujourd'hui, des *stakeholders* ou, pour citer Sieyes, les « vrais actionnaires de la grande entreprise sociale »⁸⁵ –, limitaient sévèrement le suffrage aux plus riches. L'argumentation économique est donc à double tranchant, ce qui n'était pas toujours clairement perçu par ceux qui s'en servaient dans le débat luxembourgeois de 2013-2015. Si ce discours peut servir à l'inclusion de nouveaux groupes d'individus voire, à la limite, d'entreprises – puisque celles-ci, en investissant au Luxembourg, contribuent au développement économique et sont donc des *stakeholders* –, il peut aussi

⁸³ Cf. la conférence du 29 janvier 2013, « Quel droit de vote pour les étrangers au Luxembourg ? », en présence en particulier du président de la Chambre des députés d'alors, M. Laurent Mosar (du parti chrétien social, CSV, qui était alors au pouvoir). Sur le discours des milieux économiques, voir, par ex., Michel Wurth, président de la Chambre de commerce et de l'UEL, « Die Angst vor dem eignen Schatten... », *Luxemburger Wort*, 30 mai 2015, p. 15.

⁸⁴ *Wort.lu* 16 janvier 2013.

⁸⁵ E.-J. Sieyes, *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen. Lu les 20 et 21 juillet au Comité de Constitution, Versailles, 1789*, p. 14.

en exclure d'autres. Aux yeux de certains promoteurs de ce discours, proches du monde des affaires, l'inclusion des étrangers, fers de lance du secteur économique privé, aurait permis de réduire le poids électoral des Luxembourgeois fonctionnaires ou retraités (des « inactifs »).⁸⁶ D'autres acteurs, plus à gauche, se réjouissaient aussi qu'avec le droit de vote des étrangers, la part des ouvriers et salariés du privé aurait été accrue au sein du corps électoral⁸⁷.

Était opéré ainsi un basculement : ce n'est plus le peuple qui définit l'intérêt général, mais c'est l'intérêt général qui définit le peuple. Il est intéressant de creuser ce discours quant à ses effets logiques. Prise à la lettre, la logique économique ne justifierait le droit de vote, en vérité, que des étrangers « productifs ». *Exit* les étrangers « non productifs », à l'instar des chômeurs, des femmes/hommes au foyer (à la limite, même les Luxembourgeois non productifs pourraient être exclus du droit de vote). La logique économique voudrait aussi que l'intégration des étrangers soit totale : puisqu'il s'agit d'attirer vers le monde politique les acteurs économiques les plus inventifs, il faut autoriser qu'un/e étranger/ère puisse devenir député/e, voire ministre. Si l'on creuse cette logique, ses répercussions potentielles vont même encore plus loin : parmi les forces vives de la nation au sens économique ne figurent pas seulement les étrangers résidant au Luxembourg, mais aussi les nombreux frontaliers qui travaillent au Luxembourg, mais vivent en Lorraine, dans la province belge du Luxembourg ou dans le *Land* de Rhénanie-Palatinat. Ne faudrait-il pas, aussi, les intégrer ou, au moins, les associer au processus de décision politique luxembourgeois ? Or, ce n'est pas ce qui était proposé dans la 2^e question du référendum. Dès lors, cet argument économique, outre qu'il était très dangereux pour la démocratie (puisque au pire, il peut justifier le suffrage censitaire), n'était pas non plus de nature à justifier exactement la solution proposée dans le référendum.

⁸⁶ Cet argument est également développé, en 4^e position (sur 5 arguments), par ASTI, *Pour le droit de vote...*, p. 6 (« Rendre la société plus dynamique ») : « Seulement un tiers de la population active (en prenant en compte les frontaliers actifs qui travaillent au Luxembourg pendant la journée) peut influencer les choix politiques. A ceci s'ajoute le fait que parmi ceux dotés légitimement du droit de vote, les non actifs (51 % des électeurs en 2009, dont 31 % de retraités) et les salariés de la fonction publique (environ 20% des électeurs en 2009) disposent d'un poids non négligeable. Élargir le droit de vote permettrait donc de redonner une mixité sociale plus grande et plus représentative notamment de la population active au corps électoral ». Voir aussi, en plus bref, Minté, *Oui au droit de vote. Pourquoi ?*, p. 12.

⁸⁷ Voir l'article du député de Déi Lénk Serge Urbany, « Einwohnerwahlrecht aus linker Perspektive », *Tageblatt*, 4 juin 2015, p. 18 et son discours du 24 février 2015 à la Chambre des députés, *Compte rendu*, sess. 2014-15, n°9, p. 342.

3. Le déficit démocratique : l'inadéquation entre destinataires des lois et auteurs des lois

Le dernier discours – l'idéal de la démocratie – était le plus puissant, sur le plan conceptuel, et se rapprochait le plus de la solution inscrite dans la question n°2, même si, là encore, un certain écart subsistait. C'était d'ailleurs le premier argument avancé par l'ASTI, par la plateforme Minté⁸⁸, par les trois partis de la coalition à propos de la loi du 27 février 2015 organisant le référendum du 7 juin⁸⁹ et par nombre d'autres acteurs du débat⁹⁰. Selon cet argument, c'est l'idéal de la démocratie qui requiert de reconnaître la citoyenneté de résidence. Ce discours surgissait chez tous ceux qui affirmaient que le Luxembourg n'était plus une véritable démocratie avec plus 45,9 % de sa population exclue du droit de vote. Voilà un « déficit démocratique », terme clé qui, peu à peu, a imprégné une large partie des discours au Luxembourg en 2013-2015⁹¹.

Pour les protagonistes de la lecture nationale de la démocratie, ce chiffre était, à l'inverse, un argument décisif à l'encontre du droit de vote des étrangers : avec 45,9 % d'étrangers (chiffre qui était encore voué à augmenter), les Luxembourgeois ne seraient plus « maîtres chez eux », si les étrangers obtenaient le droit de vote. Que, dans ces conditions, une large partie, voire la majorité de la population est exclue de la participation politique, importait peu à leur yeux ; cela n'avait rien d'anormal ou de scandaleux⁹². À l'inverse, pour les protagonistes du « oui », ce scandale démocratique ne cessait d'enfler avec l'augmentation régulière du pourcentage des étrangers, ce qui risquait un jour de faire en sorte que le Luxembourg se retrouve dans la même situation que certains émirats arabes où les nationaux forment une infime minorité dans le pays, et que c'est cette minorité qui règne. Au Luxembourg, d'aucuns ont même parlé, de manière

⁸⁸ ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 4 (« satisfaire à une exigence démocratique ») ; Minté, *Oui au droit de vote*, p. 11 (même slogan).

⁸⁹ Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi n°6738 et le débat du 24 février 2015 (interventions d'A. Bodry, E. Berger, C. Adam, X. Bettel), *Compte rendu*, sess. 2014-15, n°9, p. 334, 337, 340, 343.

⁹⁰ Par ex. V. Bruck, « Leçons révolutionnaires sur le vote pour tous », *Forum*, n°326, 2013, p. 29 ss.

⁹¹ Il serait trop fastidieux de citer ici toutes les sources. Voir, par ex., l'invitation au colloque « Quel droit de vote pour les étrangers au Luxembourg ? » organisé le 29 janvier 2013 à la Chambre de commerce ; S. Kollwelter, « A la recherche du pays réel », *Forum*, n°326, 2013, p. 44 ; ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 5 ; Minté, *Oui au droit de vote*, p. 11 ; P. Leyers, C. Bumb, « Scheindebatte ! Nein, Notwendigkeit ! », *Luxemburger Wort*, 28 mars 2015, p. 19 ; L. Montebusco, « Im selben Boot : Demokratiedefizit », *Tageblatt*, 9.5.2015, p. 10 (« le mot de l'année 2015 ») ; H. Entringer, « Nature et enjeux d'une consultation populaire », *Luxemburger Wort*, 30 mai 2015, p. 16, etc.

⁹² Très explicite : J. Schloesser, « Circulez, il n'y a rien à voir », *Luxemburger Wort*, 17 juin 2015, p. 10.

tranchante, d'une « *Diktatur der Staatsbürger* (dictature des nationaux) »⁹³, « d'une situation d'apartheid soft »⁹⁴, ou ont rapproché la situation actuelle au Luxembourg de celle régnant en France avant 1789⁹⁵.

L'argument avancé par les défenseurs du « oui » s'appuyait sur ce qui fait, chez Rousseau ou Kant, la quintessence de la démocratie : l'autonomie. « Se donner sa propre loi », du grec « *auto* » soi-même et « *nomos* », la loi. Qui se donne sa propre loi ? Le peuple. Le peuple ne doit pas seulement, comme sous la monarchie absolue, être *l'objet* des lois ; il doit en être *l'auteur*. Il doit être sujet et objet des lois. Les *destinataires* des lois doivent être les *auteurs* de la loi. La démocratie est ici pensée en référence à la figure des « destinataires », des « gouvernés » (ceux qui se trouvent « en bas »)⁹⁶. Le critère de « nationalité », de « nation », est périphérique, voire totalement absent. Or, puisque les étrangers sont le plus souvent, en vertu du principe de territorialité des lois, soumis aux mêmes lois que les nationaux – point que certains défenseurs du « non » avaient tendance à ignorer⁹⁷ –, il est logique, selon ce concept de démocratie, que les étrangers participent, à leur tour, à l'élaboration de ces lois. C'est l'image de la boucle. L'inclusion des étrangers, en leur qualité juridique d'étranger, dans le corps électoral serait ainsi l'aboutissement de l'idée de suffrage universel⁹⁸. D'aucuns ont d'ailleurs, à ce propos, mobilisé l'art. 50 de la Constitution luxembourgeoise : puisque la Chambre des députés doit représenter le « pays » (la Constitution, à l'art. 50, ne parle pas de « nation »), et que la répartition du nombre de députés à élire

⁹³ M. Lorang, « Die Inkohärenz der CSV zu Ausländerwahlrecht », *Tageblatt*, 5 juin 2015, p. 20 ; « Nationalität und Wahlrecht », *Luxemburger Wort*, 23 mai 2015, p. 20.

⁹⁴ S. Kollwelter, « A la recherche du pays réel », *Forum*, n°326, 2013, p. 44.

⁹⁵ V. Bruck, *op. cit.*

⁹⁶ ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 4 : « Les principes démocratiques exigent que tous les citoyens soumis à la puissance publique puissent également influencer les débats et les décisions politiques qui s'en suivent ».

⁹⁷ Ainsi, lors de intervention remarquée à la radio *RTL Lëtzebuerg* le 18 février 2015 (<http://www.rtl.lu/meenung/carte-blanche/607577.html>), Paul Kremer a affirmé (c'est moi qui souligne) : « Politesch Rechter si Rechter, déi d'Bierger vun engem Land, déi zesummestinn an zesammenhalen, och wa se mol net méi zesumme gebuer goufen, hunn, *bei sech a fir sech* d'Zesummeliewen z'organisieren, iwwer Chamber a Regierung, a wa méiglech eng kompetent Fonction publique » (trad. fr. pers. : « Les droits politiques sont des droits que détiennent les citoyens d'un pays qui font face ensemble à des défis et restent unis, même s'ils ne sont plus nés ensemble, afin d'organiser *chez eux et pour eux* la vie commune, à travers le parlement et le gouvernement, et si possible à travers une fonction publique compétente »). Que les nationaux décident aussi sur le sort des résident étrangers est occulté dans cette définition.

⁹⁸ ASTI, *Pour le droit de vote*, p. 2 : « En prenant un peu de recul historique, la question du droit de vote des étrangers peut se placer dans le contexte plus général de l'évolution du droit de vote vers le suffrage universel. Dans cette perspective, le droit de vote des étrangers est une nouvelle étape somme toute assez naturelle dans le long processus qui a vu – au fil de l'histoire – le droit de vote de plus en plus élargi ». Voir aussi, par ex., la co-présidente des verts Sam Tanson, « Eng Stärkung vun der Lëtzebuurger Demokratie », *Luxemburger Wort*, 6 juin 2015, p. 23.

dans chaque circonscription électorale se fait en fonction du nombre d'habitants, et non des nationaux luxembourgeois, il ne serait que juste que les étrangers puissent aussi participer à la désignation des députés qui, en l'état actuel du droit positif, seraient déjà censés défendre leurs intérêts à l'instar des intérêts des Luxembourgeois⁹⁹.

Ce discours suggérerait donc une extension du principe d'autonomie et la résorption d'une importante poche d'hétéronomie. Mais, si progrès il devait avoir, il faut noter qu'en réalité l'adéquation entre destinataires et auteurs de la loi n'aurait pas été parfaite, et que celle-ci est d'ailleurs difficile à établir¹⁰⁰. Les Luxembourgeois résidant à l'étranger sont soumis, en très grande partie, au droit du pays de résidence, mais ils n'y ont pas le droit de vote. En revanche, ils gardent le droit de vote au Luxembourg alors qu'ils ne sont soumis qu'à une petite partie des lois luxembourgeoises (pour leur état civil, selon le principe de la personnalité des lois). Inversement, en cas d'obtention du droit de vote, les étrangers résidant au Luxembourg participeraient à l'élaboration des lois luxembourgeoises sur l'état civil, alors qu'ils n'y seraient pas soumis. Enfin, les frontaliers sont, sur divers points importants de leur vie, soumis aux lois luxembourgeoises (le droit fiscal, le droit du travail, etc.), mais leur inclusion n'était pas envisagée dans la solution inscrite dans la question n°2¹⁰¹. Leur nombre ne cesse de croître (en 2019, la barre des 200.000 frontaliers a été dépassée : à rapporter à une population d'environ 614.000). C'est l'une des spécificités de la société et de l'économie luxembourgeoises.

III. RECULER POUR MIEUX VOIR : VERS UNE DÉNATIONALISATION DU CORPS ÉLECTORAL NATIONAL NONOBTANT LA VICTOIRE DU « NON » ?

Le référendum du 7 juin 2015 s'est soldé par le rejet, à une très large majorité (78,02% des suffrages valides), de la question n°2 – et d'ailleurs

⁹⁹ M. Lorang, « Plädoyer für das Einwohnerwahlrecht », *Tageblatt*, 7 avril 2015, p.16 ; *id.*, « Relatioun vun Natioun a Wahlrecht », *Tageblatt*, 16 avril 2015 ; *id.*, « Die Inkohärenz der CSV zu Ausländerwahlrecht », *Tageblatt*, 5 juin 2015, p. 20. Cf. aussi Minté, *Oui au droit de vote*, p. 11 (« Comment un gouvernement élu par moins de la moitié de la population résidente peut-il être considéré comme représentant légitimement la société dans son ensemble ? »).

¹⁰⁰ Pour plus de détails : L. Heuschling, « La citoyenneté de résidence, diverses logiques et la science juridique », *Forum*, n°326, février 2013, p. 37.

¹⁰¹ Même les défenseurs les plus ardens du droit de vote des étrangers ne vont pas jusque-là. Par ex., Véronique Bruck, *op. cit.*, p. 30, demande une meilleure « prise en compte » des intérêts des frontaliers.

aussi des deux autres questions¹⁰². Sur le moment, la majorité gouvernementale s'est sentie sanctionnée et s'est, aussitôt, inclinée face à ce vote qui, en principe, selon le discours dominant, n'avait en droit qu'une simple valeur consultative. Le critère de la nationalité fut maintenu et confirmé dans la proposition de nouvelle Constitution (proposition n°6030) pour ce qui était des élections nationales. Dans le cadre des actuelles « petites » révisions de la Constitution suite à l'abandon de la proposition 6030, aucun parti n'ose s'aventurer à nouveau sur ce terrain. Est-ce à dire que, du coup, la question de la participation des étrangers aux élections législatives étatiques est définitivement évacuée ? Je ne le pense pas. À ce sujet, il faudra observer la suite des événements sur deux plans, luxembourgeois et européen.

A. – Les facteurs d'évolution internes au Luxembourg

Parmi les facteurs strictement locaux, propres au Grand-Duché, il y a d'abord la haute probabilité d'une croissance continue de la proportion d'étrangers. Celle-ci alimentera, et exacerbera, le conflit des visions axiologiques, chaque camp voyant la pertinence de sa grille d'analyse – celle du « déficit » ou celle de la « perte d'identité » –, se renforcer. L'enjeu ne disparaîtra donc pas, « spontanément », du débat politique luxembourgeois. En même temps, il faut restituer le chiffre du refus – 78,02 % de votes négatifs – dans une perspective historique longue. Avant le traité de Maastricht, l'idée du droit de vote des étrangers simplement au niveau local était massivement rejetée dans le discours politique dominant au Luxembourg¹⁰³ ; cette participation n'a été admise que suite à l'initiative de l'UE et avec moult dérogations arrachées par le Luxembourg à ses partenaires. Le fait que le législateur ait renoncé, par petites touches, à toutes ces dérogations ; qu'il ait osé organiser un référendum sur une question aussi sensible – ailleurs en Europe où, pourtant, la proportion d'étrangers est bien moindre, aucun

¹⁰² Alors que les premiers sondages avaient montré une légère majorité en faveur du droit de vote des étrangers – majorité qui s'est toutefois effritée au cours du temps au point que les derniers sondages donnaient le « non » clairement gagnant –, le « non » l'a emporté, pour la 2^e question, à 78,02 % contre 21,98 %. Non : 163.362 voix, Oui : 46.031 voix, votes blancs : 1.618 bulletins. Le taux de participation était de 94,6 %. Voir <http://www.elections.public.lu/fr/referendum/2015.html> et arrêté ministériel du 12 juin 2015 arrêtant le résultat du référendum du 7 juin 2015 sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution, *Mémorial B*, 2015, n°B66, <http://legilux.public.lu/eli/etat/adm/amin/2015/06/12/n1/jo> Pour une analyse des causes de ce résultat, voir R. Kies, « Étendre le droit de vote des étrangers aux élections législatives : Pourquoi les Luxembourgeois n'en veulent pas ? », *op. cit.*, disponible sur : <https://orbi.lu.uni.lu/handle/10993/39866>

¹⁰³ Voir, sur ce point, les souvenirs de S. Kollwelter, *op. cit.*, p. 43.

gouvernement ne ferait ce pas – ; et qu'une minorité, forte et convaincue, de presque 22 % l'approuve (et ce nonobstant les silences, reculades et couacs de communication du gouvernement lors de la campagne référendaire), tout cela marque, en soi, un net infléchissement de l'état d'esprit de la société luxembourgeoise. De futurs glissements ne sont donc pas exclus, surtout si l'on regarde du côté des jeunes.

Afin de désamorcer les peurs existentielles qui se sont manifestées dans la campagne référendaire, il me semblerait utile de creuser deux pistes qui étaient absentes dans le débat de 2015.

D'une part, il faut aborder, de front, la question de la continuité (d'aucuns diront, en termes plus dramatiques, la « survie ») de la langue luxembourgeoise dans le débat politique, en cas d'octroi du droit de vote aux étrangers. Un tel souci est légitime, dans un État qui, tout en se disant plurilingue, se veut aussi le défenseur de cette langue spéciale, « nationale », qui lui est propre (aucun autre État ne défendra ce bien culturel qu'est le luxembourgeois). Une solution pourrait être d'organiser, en droit, à l'égard de ce sujet qu'est l'État, un *plurilinguisme équilibré*, avec un système de traduction systématique, à l'oral et à l'écrit, dans les langues à définir (comprenant, bien sûr, le luxembourgeois, probablement aussi le français, peut-être une ou plusieurs autres langues à définir). De la sorte sera évité qu'en matière politique, la solution actuelle du « tout luxembourgeois » (à l'oral, mais non à l'écrit !) ne soit, du fait du droit de vote des étrangers, remplacé par une solution, négative, du « tout français » (non seulement à l'écrit, comme c'est déjà le cas, mais aussi à l'oral). Il faut prendre le plurilinguisme de l'État luxembourgeois davantage au sérieux, le repenser, et le rendre plus systématique et équilibré. Ce sera, aussi, un bénéfice pour la langue luxembourgeoise qui, au sein de l'État, pourra prétendre à un renforcement de sa place à l'écrit (l'existence de textes de loi rédigés aussi en luxembourgeois, à côté de la version française, devient alors une hypothèse à envisager sérieusement).

D'autre part, il y a lieu de réfléchir à une dissociation entre les affaires politiques relevant de la législation ordinaire et les questions politiques relevant de la Constitution de l'État luxembourgeois. Bien sûr, cela n'est pas toujours aisé car, au sein de l'organe « Chambre des députés », les députés élus par les électeurs, luxembourgeois et étrangers, seraient, a priori, habilités à agir sur les deux niveaux. L'extension de la participation des étrangers pourrait se limiter, pour l'essentiel, au domaine des lois ordinaires, en ce sens que la décision finale, pour toute modification de la Constitution, serait réservée aux seuls électeurs disposant de la nationalité luxembourgeoise, lesquels resteraient ainsi les maîtres de « leur » État. Concrètement, une telle solution, inspirée en partie du droit du canton du Jura, appellerait trois

changements majeurs au sein de l'actuelle Constitution : a) le référendum, prévu selon l'actuelle procédure de l'art. 114 Const., devrait être rendu obligatoire ou quasi-automatique ; b) il faudrait introduire un nouveau type de référendum obligatoire ou quasi-automatique : celui portant sur la ratification et la dénonciation de traités internationaux à incidence constitutionnelle (ex. le retrait de l'UE, de la CEDH, etc.) ; c) la participation à ces référendums devrait être réservée aux seuls ressortissants luxembourgeois.

B. – Au niveau de l'UE : les enseignements à tirer de l'histoire des créations d'États fédéraux

Il faut, ensuite, suivre l'évolution au niveau de l'Union européenne, qui, elle, ne concerne pas seulement le Luxembourg, mais tous ses États membres. Il est certain que le droit de l'UE actuel n'oblige nullement les États membres à ouvrir leur corps électoral, au niveau étatique/national, aux ressortissants des autres États membres. Dans le contexte politique actuel, marqué par un fort euroscepticisme et une vague de populismes, nul gouvernement européen ne tient à lancer une réforme des traités en ce sens. Les défenseurs les plus ardents et enthousiastes de l'idéal de l'union sans cesse plus étroite entre Européens ont, certes, commencé à explorer cette piste, comme en témoigne le projet d'initiative citoyenne européenne « *Let me vote* » de 2012. Or ce projet n'a pas réussi à obtenir un soutien suffisant déjà parmi les citoyens européens (il faut un million de signatures)¹⁰⁴. À court et à moyen terme, aucune évolution n'est donc à prévoir.

Il convient toutefois d'adopter sur ce sujet une vision plus large, à long terme, alliant une perspective rétrospective et une perspective prospective. Car, au vu de l'expérience historique des États fédéraux dans le monde, et à condition que l'UE survive (ce qui est probable), et que le processus d'intégration continue à s'approfondir (ce qui reste à voir), il est possible que l'UE, ensemble fédéral, ou quasi-fédéral, s'inscrive à son tour dans les pas d'une certaine logique fédérale qui, dans le passé, a vu les États participant à

¹⁰⁴ L'initiative « *Let me vote* » enregistrée le 11 mai 2012 sous le numéro officiel ECI(2012)000006, avait pour objet de demander à la Commission européenne de faire des propositions afin que les citoyens européens résidant dans un État membre de l'UE autre que celui dont ils ont la nationalité puissent avoir le droit de vote dans l'État de résidence pour toutes les élections, y compris les élections nationales et régionales, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État (donc incluant le droit de vote passif). Elle a été retirée par ses auteurs le 29 janvier 2013. Cf. <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2012/000006/fr>

un État fédéral être obligés d'ouvrir leur corps électoral national aux ressortissants des autres États membres. Ce point, qui est souvent peu connu, a été exhumé sous un angle comparatif par Christoph Schönberger dans son remarquable livre *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht* publié en 2005¹⁰⁵.

Christoph Schönberger montre que, dans le cadre du rapprochement opéré entre les États membres au sein d'un ensemble fédéral, les États fédérés ont été amenés à étendre le bénéfice de tous les droits politiques aux ressortissants des autres États fédérés. Les principes moteurs étaient : 1. la liberté de circulation d'un État à l'autre ; 2. l'interdiction de discriminations à l'égard des ressortissants des autres États membres. L'extension des droits politiques a impliqué non seulement l'octroi d'un droit de vote pour le parlement fédéral, quel que soit le lieu de résidence de la personne (ce qui est déjà acquis dans l'UE), ou encore l'ouverture de la fonction publique fédérale et des fonctions publiques nationales (ce dernier processus d'ouverture est déjà en cours au sein de l'UE), mais aussi le droit de vote, actif et passif, pour l'élection du parlement national de chaque État fédéré.

Le processus de fédéralisation redéfinit à la fois le concept de peuple et celui d'étranger : il déplace les frontières entre le « nous » et les « autres ». Du côté du peuple : la fédération fait d'abord naître, au-dessus des *demoi* des différents États membres, un nouveau *demos*, un nouveau sujet collectif, i.e. le peuple fédéral (*Bundesvolk*) qui désigne le parlement fédéral et participe dans les mécanismes de démocratie semi-directe établi au niveau fédéral¹⁰⁶. Mais, la fédéralisation débouche aussi sur une mutation du *demos* de chaque État membre. Cette dernière évolution peut intervenir plus ou moins rapidement.

Ainsi, en Allemagne, une telle ouverture n'a pas encore eu lieu sous ce premier État fédéral que fut le *Norddeutscher Bund* (1867-1871)¹⁰⁷. Elle est amorcée sous l'Empire allemand (1871-1918), qui opérait une extension et un approfondissement de la fédération de l'Allemagne du nord. Dans le *Reich*, un ressortissant de l'État de Bavière (*bayrischer Staatsangehöriger*) était libre, en vertu de la liberté de circulation au sein du *Reich*, de s'installer en Prusse. Une fois établi, il ne pouvait pas, en tant que Bavarois et Allemand

¹⁰⁵ Ch. Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Mohr, Tübingen, 2005 ; id., « European Citizenship as Federal Citizenship », *European Review of Public Law/Revue européenne de droit public*, vol.19-1, 2007, p. 61 ss.

¹⁰⁶ Sur la pluralité de peuples au sein d'un ensemble fédéral, voir A. Hanebeck, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Berlin, 2004, p. 102 ss ; O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, Puf, 2^e éd., 2009, p. 217 ss, 338 ss ; C. Cuvelier, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, Paris, Mare et Martin, 2019.

¹⁰⁷ Ch. Schönberger, *Unionsbürger*, op. cit., p. 94 ss, spéc. p. 107 ss.

résidant en Prusse, participer à l'élection du parlement prussien : sur ce plan, il restait, en termes stricts, un « étranger », comme l'a affirmé avec force Paul Laband¹⁰⁸. Mais, il lui était possible d'acquérir la nationalité prussienne (*preussische Staatsangehörigkeit*) selon une procédure spécifique, quasi automatique. Immédiatement après son installation, il pouvait demander la nationalité prussienne en suivant non pas la procédure ordinaire, et aléatoire, de la naturalisation des étrangers (« *Einbürgerung* »), mais celle de la « *Aufnahme* (litt : admission)»¹⁰⁹, réservée aux ressortissants d'un autre État allemand (« *Angehörige eines anderen deutschen Staates* » ; parfois, la doctrine parlait aussi de « *landesfremde Deutsche* », littéralement : des « Allemands étrangers au Land »¹¹⁰). Dans ce cas, les autorités de l'État fédéré (la Prusse, dans l'exemple choisi) étaient obligées de la lui accorder, sauf à invoquer un motif impérieux de sécurité justifiant, de surcroît, son expulsion du territoire de l'État membre concerné. Une fois la nationalité prussienne obtenue, qui venait s'ajouter à sa nationalité bavaroise originaire¹¹¹, la personne pouvaient exercer tous les droits politiques en Prusse. À partir de la République de Weimar, la procédure de l'admission fut abandonnée : un ressortissant d'un État membre (*Land*) acquérait les droits politiques dans un autre *Land*, en cas de déménagement de sa résidence, du simple fait d'être le titulaire de la nationalité fédérale allemande (*Reichsangehörigkeit* ; voir les articles 110 et 17 de la Constitution de Weimar de 1919). Il en va de même à l'heure actuelle dans la République fédérale allemande : en vertu de l'article 33 al. 1^{er} du *Grundgesetz* de 1949, le changement de domicile d'un *Land* à un autre – dont la liberté est garantie par l'art. 11 de la Loi fondamentale –, suffit à un ressortissant allemand pour devenir immédiatement membre du *Landesvolk* de son nouveau lieu de résidence¹¹².

En Suisse¹¹³, cette ouverture a été opérée, dès la création de l'État fédéral en 1848, non sans provoquer des remous et résistances du côté de certains cantons. L'article 41 de la Constitution fédérale de 1848 accordait à tous les Suisses de confession chrétienne, et ayant les moyens de subvenir à leurs propres besoins, la liberté de circulation et d'établissement sur tout le

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 110.

¹⁰⁹ G. Meyer, G. Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1919, p. 242 ss, spéc. p. 249 ; H. Schulze, *Das preußische Staatsrecht*, 2e éd., Leipzig, Breitkopf, t. 1, 1888, p. 346 ss ; Ch. Schönberger, *Unionsbürger*, *op. cit.*, p. 110 ss.

¹¹⁰ G. Meyer, G. Anschütz, *op. cit.*, p. 246, note 11. Analogie : Ch. Schönberger, *op. cit.*, p. 118 (« *landesfremde Reichsangehörige* »).

¹¹¹ Ch. Schönberger, *op. cit.*, p. 111 s ; G. Meyer, G. Anschütz, *op. cit.*, p. 258.

¹¹² Art. 33 : « (1) *Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.* (2) *Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte* ».

¹¹³ Ch. Schönberger, *op. cit.*, p. 80-94.

territoire suisse. L'article 48 obligeait tous les cantons de traiter tous les Suisses chrétiens de la même manière que leurs propres ressortissants. En particulier, l'article 42, après avoir affirmé que tout ressortissant (« *Bürger* », « *citoyen* ») d'un canton était *ipso facto* ressortissant (« *Bürger* », « *citoyen* ») de la Confédération helvétique, faisait découler de cette dernière qualité le droit pour un ressortissant d'un canton résidant sur le territoire d'un autre canton d'y exercer les droits politiques relevant à la fois de la Confédération et du canton de résidence. Toutefois, ce dernier était habilité à conditionner l'exercice de ces droits au niveau du canton à une durée minimale de résidence qui ne devait dépasser deux ans. Dès 1848, abstraction faite de la discrimination à l'égard des juifs (abolie en 1866), la solution suisse consistait donc, et consiste encore, à attribuer le droit de vote au niveau cantonal non pas à travers le truchement d'une attribution facilitée, quasi automatique, de la nationalité cantonale, comme dans le cas du *Reich* allemand de 1871, mais à travers la seule nationalité fédérale. Un ressortissant du canton de Genève pouvait, et peut, ainsi voter à Bâle-Ville, pour le parlement cantonal de Bâle-Ville, sans être ressortissant de ce canton.

Actuellement, l'ouverture du corps électoral de chaque canton à l'égard des Suisses et Suissesses originaires d'autres cantons est actée dans la Constitution fédérale de 1999, à travers la combinaison de l'article 24, al. 1^{er} (« *Les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays* ») et de l'article 39, relatif à l'exercice des droits politiques au niveau fédéral, cantonal et communal, qui prévoit que l'exercice des droits politiques est lié à la résidence, étant précisé que les cantons sont autorisés à imposer, pour la participation aux affaires cantonales, une durée de résidence de 3 mois¹¹⁴.

Conclusion : si le processus d'intégration de l'UE se poursuit et emprunte, sur ce point, le chemin ouvert par les États fédéraux, il faut s'attendre à voir émerger, au niveau de l'UE – et pas seulement au Luxembourg –, un débat sur le droit de vote, actif et passif, des citoyens de l'UE pour les élections régionales et, surtout, nationales au sein de l'État de résidence. Il restera à voir, dans ce cas, si leur participation sera totale – elle portera sur toutes les matières, y compris d'ordre constitutionnel : c'est la

¹¹⁴ Art. 39 : « (1) La Confédération règle l'exercice des droits politiques au niveau fédéral; les cantons règlent ces droits aux niveaux cantonal et communal. (2) Les droits politiques s'exercent au lieu du domicile. La Confédération et les cantons peuvent prévoir des exceptions. (3) Nul ne peut exercer ses droits politiques dans plus d'un canton. (4) Les cantons peuvent prévoir que les personnes nouvellement établies ne jouiront du droit de vote aux niveaux cantonal et communal qu'au terme d'un délai de trois mois au plus ». Voir aussi A. Auer, *op. cit.*, p. 401.

solution que l'on observe, pour l'instant, dans les divers États fédéraux – ou si l'UE inventera sur ce point, une solution *sui generis*. Dossier à suivre !

LA FIGURE DE L'INDIVIDU CHEZ DURKHEIM ET HIGUCHI YOICHI : L'INDIVIDU MORAL ET LE CITOYEN

Simon SERVERIN*

INTRODUCTION

Higuchi Yoichi est aujourd'hui le constitutionnaliste le plus important du Japon, celui qui y a façonné en grande partie la figure du constitutionnaliste-intellectuel. En effet, ce qui le distingue de beaucoup de constitutionnalistes de la même période est, qu'en dehors de ces travaux d'interprétation et d'analyse des décisions des cours japonaises, de comparatisme juridique avec les systèmes occidentaux et asiatiques, Higuchi a, quasiment depuis ses débuts¹, conçu le constitutionnalisme comme un cadre de pensée dépassant le droit constitutionnel, et permettant de réfléchir à l'État, la société, l'individu et leurs rapports, dans la perspective de faire progresser l'idéal démocratique et rationnel. Il semble que la théorie juridique ait toujours été ressentie par Higuchi comme un carcan dont il a su extraire son domaine de réflexion pour l'étendre à la société et son histoire. Cela lui a été reproché : on a pu lire qu'il faisait plus œuvre de « philosophie » que de « science », et lui-même a dû se défendre à plusieurs reprises d'être plus qu'un strict positiviste.

Le but de ce texte² n'est pas de prétendre retracer les ressorts psychologiques de cette position originale d'Higuchi au Japon, mais il est à noter que son « maître français », René Capitant, tout comme de nombreux grands constitutionnalistes japonais l'ayant influencé, au premier rang duquel

* Université Sophia, Tokyo (Jôchi Daigaku).

¹ Il semble que cette tendance se soit accélérée après les festivités du bicentenaire en France auxquelles Higuchi a participé, comme l'a remarqué judicieusement Julien Boudon.

² Je tiens à remercier Lucien Jaume et Olivier Beaud qui m'ont fait l'amitié de m'offrir des remarques critiques sur ce texte qui m'ont grandement aidé à l'améliorer.

Miyazawa Toshiyoshi, ont été plus que des juristes, ayant une activité politique, portant dans leur cœur la responsabilité d'aider leurs pays respectifs à devenir de véritables démocraties contre les fascismes respectivement européens, et japonais, au point où il a fallu attendre Olivier Beaud pour nous rappeler que René Capitant a été avant tout un grand juriste³.

Le but de cet article est plutôt d'essayer d'éclairer la place particulière qu'a occupée la figure de l'individu dans l'œuvre d'Higuchi depuis ses premiers travaux jusqu'à aujourd'hui. Higuchi a toujours posé l'individualisme comme une condition *sine qua non* de la véritable démocratie. On peut penser bien sûr que l'influence de René Capitant y a été pour beaucoup, mais la constance avec laquelle Higuchi a insisté sur cet aspect nous laisse penser qu'il y a des raisons plus profondes à cet « attachement » d'Higuchi qu'une simple fidélité à la pensée de son « regretté maître »⁴.

Effectuer un tel inventaire n'est toutefois pas tâche facile, tant l'œuvre d'Higuchi est foisonnante et multiple. Aussi nous a-t-il paru judicieux d'essayer d'éclairer cette œuvre à partir d'une source de lumière plus intense que celle dont nous sommes dotés, à savoir l'œuvre d'Émile Durkheim. Cette comparaison peut sembler audacieuse du fait que non seulement Durkheim n'a quasiment rien écrit concernant le droit constitutionnel, mais qu'Higuchi lui-même ne se réfère que très peu au fondateur de la sociologie française dont la dimension « organiciste » a semble-t-il agit comme un repoussoir⁵. On pourrait tenter, faiblement, de légitimer cette comparaison par le fait que les théories de Durkheim ont influencé la pensée constitutionnelle française, notamment Duguit, et ont participé à la fondation intellectuelle de la 3^e république si chère au cœur d'Higuchi⁶. On pourrait encore évoquer timidement qu'Higuchi cite l'individualisme durkheimien par deux fois dans des textes en français⁷...

Mais notre propos porte plus sur le contenu de ces deux œuvres que tout semble a priori séparer. D'abord, le débordement du droit vers la société que

³ Olivier Beaud, Découvrir un grand juriste : le « 1^{er} premier » René Capitant, *Droits*, 2002/1 (n° 35).

⁴ Higuchi Yoichi, *Le Constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 2001, p.213.

⁵ Comme monsieur Higuchi a pu nous l'expliquer de vive voix.

⁶ Le système pensé par Durkheim de corporations est en grande partie celui qui a été mis en France et en Europe au XX^e siècle comme l'explique Serge Paugam dans sa préface aux *Leçons de sociologie* : « ce que Durkheim appelle de ses vœux ressemble au fonctionnement ordinaire de ce que nous appelons aujourd'hui une société salariale. ». Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF : Quadrige, 6^e édition, 2015. P.17.

⁷ Higuchi cite Durkheim sur le fait que celui-ci a pensé la modernité européenne comme une « étatisation de la société » (Higuchi Yoichi, *Le Constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 2001, p.44.). Il le cite à nouveau p.168.

tend à prendre les écrits académiques d'Higuchi propose une image en miroir du mouvement de Durkheim qui, en tant que sociologue, n'a eu de cesse de porter son regard vers le droit comme objet privilégié de sa sociologie.

Ensuite leur tropisme sur la question de l'individu considéré comme étant la clé de voûte soit de la morale des sociétés modernes chez Durkheim, soit des valeurs constitutionnelles chez Higuchi, nous interroge sur ce qui peut réunir deux chercheurs venant d'horizons si différents. Comment expliquer qu'un sociologue français du début du 20^e et un constitutionnaliste japonais de l'après- seconde guerre mondiale puissent insister autant sur l'importance de l'individualisme ? Surtout que dans les deux cas, cette insistance n'a pas toujours accueilli l'approbation ni la compréhension de leurs contemporains. C'est tout l'objet de notre texte.

I. L'INAPTITUDE DE LA SOCIÉTÉ JAPONAISE À L'INDIVIDUALISME : LA TRIPLE DÉCEPTION D'HIGUCHI YOICHI

Le problème qui se pose pour résumer en quelques pages la figure de l'individu que dessinent deux auteurs aussi prolifiques que Durkheim et Higuchi est de savoir par où commencer. L'individu est lié à la société, qui est liée à l'État, qui sont tous liés par le droit. Compte tenu de l'espace restreint qui m'est dévolu, on me pardonnera de suivre l'ordre logique de la démonstration que je vais essayer de réaliser, même si cela a pour effet de terminer mon article par les définitions que tout lecteur serait en droit d'exiger au début.

Pour comprendre l'attachement d'Higuchi aux valeurs de l'individualisme, il y a en effet nécessité de commencer par l'inaptitude qu'il prête au peuple japonais à comprendre et faire siennes les valeurs de l'individualisme.

Comme l'une de ses grandes influences intellectuelles, Maruyama Masao, Higuchi regrette le « basso obstinato » de la tradition au Japon, qui semble en surface avoir disparu, mais est toujours présent en soubassement de la démocratisation du Japon. Le Japon proposerait ainsi une « juxtaposition de la modernité et de la tradition, non une synthèse »⁸.

A. – Les corps intermédiaires dans le Japon d'avant-guerre

Le Japon est entré dans la modernité en 1889 avec la Constitution de Meiji et Higuchi a conscience du formidable pas en avant dans la modernité

⁸ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.100.

que cela a constitué pour le Japon.

« Le choix de 1889 a fondé un État fort, tout en maintenant pourtant en place les corps intermédiaires dont le plus important était le régime familial fortement dominé par le principe patriarcal. La fidélité absolue et le dévouement à l'Empereur (chû) ainsi que l'obéissance inconditionnelle au chef de famille (kô) se superposaient ainsi sur les membres de la société »⁹.

Le processus de démocratisation de 1889 malgré ses imperfections a été un premier pas vers un État fort, condition de l'émergence du Japon comme nation. Et même si l'individu est encore un sujet, c'est aussi le début de l'opposition entre l'État et l'individu, opposition qui est à la base des démocraties modernes.

Mais l'État de Meiji s'est aussi organisé autour du système des *mura* (villages) et (*ie*), de ces sous-groupes de la société qui ont depuis toujours intégré les individus japonais dans une société du même. Or le système paternaliste de Meiji a non seulement perpétué, mais en partie installé ce système. Le système de l'*ie* japonais a été, rappelle Higuchi, fondé sur le système propre aux *bushi* et imposé par un choix stratégique par la victoire de traditionalistes en 1892, traditionalistes qui parvinrent à imposer un code civil d'inspiration allemande contre le code Boissonade d'inspiration française¹⁰.

Le Japon d'avant-guerre s'était donc militarisé, technicisé, sans pour autant s'ouvrir complètement aux valeurs de l'individualisme et de la démocratie qui vont de pair avec le modèle occidental, prenant à rebours le message de Fukuzawa Yukichi « quitter l'Asie et entrer en Occident », qu'il fallait pour Higuchi interpréter comme signifiant que le Japon devait s'occidentaliser moralement et non seulement copier l'impérialisme économique de l'Occident¹¹.

B. – La critique d'Higuchi du « groupisme » et du « mercantilisme » moderne : les trois ennemis de l'individualisme japonais

La déclaration de Potsdam et la nouvelle constitution de 1946 qu'elle a rendue inévitable ont fait entrer l'individu japonais dans la modernité, symboliquement dans leurs textes, concrètement dans le droit japonais, apportant une triple libération qu'Higuchi caractérise ainsi : l'émancipation agricole avec la création des exploitants propriétaires en 1946, la promotion des syndicats ouvriers et l'émancipation de la femme avec le nouveau droit

⁹ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.7.

¹⁰ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.162.

¹¹ Ibid, 238.

de la famille et de la succession dans le Code civil 1947¹².

« Ces mesures permettent la possibilité d'une véritable émancipation de l'individu, en soutenant les socialement et économiquement faibles contre leurs anciens dominateurs : les paysans contre les propriétaires terriens, les travailleurs contre le patronat et les femmes contre les chefs de famille ».¹³ Ainsi, pour Higuchi, « La Constitution promulguée le 3 novembre 1946 et entrée en vigueur le 3 mai 1947 n'est que le couronnement de cette grande révolution par le droit »¹⁴. Une révolution qui explique les espoirs que placeront les démocrates japonais dans le droit et la Constitution pour aider à la modernisation du Japon.

Mais le succès économique du Japon va remplacer l'*ie* japonaise par l'entreprise (*kaisha*), perpétuant de fait un esprit corporatiste où l'identité de l'individu est définie par le groupe. Si l'entreprise a remplacé la famille patriarcale d'avant-guerre, elle est ainsi pour Higuchi toujours « protectrice et oppresseur des membres »¹⁵.

La mentalité japonaise semble continuer à se tourner vers le groupe, ce que Higuchi appelle le *groupisme*, qui se joint à une consommation libérée par la réussite économique du Japon, lui faisant dire que les Japonais sont « des consommateurs actifs, mais des citoyens indifférents »¹⁶.

Il se fonde sur la distinction que Maruyama Masao établit entre la liberté comme « absence de contrainte » [拘束の欠如] et « libération des désirs » [人欲の解放] d'une part, et la liberté comme « autodétermination rationnelle » [理性的自己決定としての自由] et « créatrice de normes » [規範創造的自由] pour observer que la liberté qu'ont acquise les Japonais semble plus être une liberté de jouir de leur argent, que de fonder une *res publica* où pourrait s'épanouir leur citoyenneté¹⁷.

C'est le « gréganisme » et le « conformisme » social que critique Higuchi : « Le Japon d'aujourd'hui est suffisamment démocratique en ce sens que nous pratiquons des élections libres. Il n'est pas pour autant vraiment démocratique au sens social du terme, parce qu'un conformisme social et un certain gréganisme freinent à des degrés divers et de manière plus ou moins forte, la liberté pour chacun de vivre selon son choix. »¹⁸

¹² Ibid, 163.

¹³ Ibid, 163.

¹⁴ Ibid, 163.

¹⁵ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.169.

¹⁶ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.281.

¹⁷ 樋口陽一、『憲法という作為—「人」と「市民」の連関と緊張』、岩波書店、2009年。
Higuchi Yoichi, *La constitution comme une construction – tensions et relations de « l'homme » et du « citoyen »*, Iwanamishoten, 2009, p.107.

¹⁸ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.237.

À cette critique de ses compatriotes, Higuchi va ajouter une critique de l'État, et notamment du système électoral japonais. La vie politique du Japon d'après-guerre a en effet consisté en un système de baronnies électorales locales où les députés obtiennent les votes des communautés en défendant les intérêts particuliers de leurs membres, créant une députation qui défend les « intérêts particuliers » de leurs circonscriptions au lieu de se faire interprètes de la volonté générale »¹⁹.

Le troisième ennemi de l'individu est pour Higuchi la passivité du droit japonais, dont la Cour suprême japonaise est censée être la garante, mais dont la jurisprudence montre une mauvaise volonté à défendre l'individu contre les « pouvoirs sociaux »²⁰. Or le rôle du droit constitutionnel devrait être de protéger à la fois l'individu contre l'État, mais aussi contre les pouvoirs sociaux, pour le protéger de la tyrannie sociale.

Il déplore la jurisprudence de la « société partielle » qui veut privilégier les réglementations internes aux sous-groupes plutôt que d'appliquer mécaniquement les règles de la « société globale »²¹, comme il déplore celle des étrangères « droits de l'homme de la personne morale » dans la décision du 24 juin 1970 où un actionnaire d'une grande entreprise de sidérurgie avait contesté un don au PLD²².

Higuchi est donc habité par une triple déception qui permet d'éclairer les motivations de son œuvre :

– Déception, d'abord, vis-à-vis du gouvernement qui n'a jamais su embrasser le nouveau paradigme social contenu dans la Constitution de 1946 pour élever le peuple japonais à la démocratie et à la paix.

– Déception, ensuite, vis-à-vis de la Cour suprême qui n'a pas su avoir le courage d'une jurisprudence qui aurait pu forcer le gouvernement japonais à adopter un esprit démocratique combatif.

– Déception, enfin, vis-à-vis du peuple japonais lui-même, qui n'a jamais pu habiter sa propre citoyenneté.

Ces déceptions semblent liées partiellement au fait que le Japon n'a jamais fait véritablement fonctionner l'alternance des partis qui est à la base des démocraties modernes occidentales, dans la mesure où un seul parti, le PLD, s'est maintenu au pouvoir de façon quasi ininterrompue malgré les problèmes de despotisme (autoritarisme) et de népotisme que cela implique. Higuchi reconnaît que le choix électoral de ne soutenir qu'un seul parti n'en

¹⁹ Higuchi Yoichi, *op.cit.*, 2001, p.41.

²⁰ Higuchi Yoichi, *op.cit.*, 2001, p.171.

²¹ Higuchi Yoichi, *op.cit.*, 2001, p.172. Notamment la Décision du 15 mars 1977 concernant la contestation par un étudiant d'une note à l'université Waseda.

²² *Ibid*, p.172.

reste pas moins un choix démocratique, mais justement, le problème n'est pas que le pouvoir japonais « s'éloigne de la volonté du peuple » [権力は民意と離反しているからではなく], mais qu'il « repose justement sur la volonté du peuple » [民意に基づいているからこそ]²³. Bien qu'il ne porte pas dans son cœur le PLD, il est forcé de reconnaître que s'il est élu de façon constante, c'est bien que sa politique séduit une majorité de Japonais. Et la responsabilité s'en trouve bien entre les mains du peuple japonais. On peut lire dans cette « déception démocratique » d'Higuchi un signe de la vision morale de l'individu que sous-tend sa théorie de l'État. C'est un point que nous expliciterons plus loin, mais il semble pertinent de le rapprocher de la lecture que Durkheim a pu proposer de la volonté générale chez Rousseau. Selon Durkheim, si la volonté générale chez Rousseau est « la moyenne arithmétique entre toutes les volontés individuelles en tant qu'elles se donnent comme fin une sorte d'égoïsme abstrait à réaliser dans l'état civil. »²⁴, elle ne se résume pas à la volonté de la majorité, et n'est pas la somme des voix des individus qui la compose. Elle se base sur un bien commun qui est culturel et social. « Si la communauté doit être obéie, ce n'est pas parce qu'elle commande, mais parce qu'elle commande le bien commun. L'intérêt social ne se décrète pas ; il n'est pas par le fait de la loi ; il est en dehors d'elle et elle n'est ce qu'elle doit être que si elle l'exprime. Aussi le nombre des suffrages est-il quelque chose de secondaire. “ Ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix que l'intérêt commun qui les unit ” (II, 4) »²⁵. Cette lecture de Durkheim qui veut que la volonté générale soit générale parce qu'elle veut le bien commun, et non parce qu'elle exprime la majorité, inscrit la théorie politique de Rousseau dans une sociologie, car le bien commun est socialement circonscrit et défini. Dès lors, si la volonté commune est l'agrégation de volontés d'individus particuliers, il s'agit de celle d'individus moralement ancrés dans leur société, Higuchi dirait la volonté de citoyens. Il semble qu'Higuchi souscrirait à cette vision, car c'est bien la passivité citoyenne des Japonais qu'il regrette.

Comment expliquer que l'individu japonais ne parvienne pas à être un citoyen actif ? Deux raisons peuvent être avancées : l'absence de tradition monothéiste au Japon et la difficulté pour l'*ethnos* japonais de se constituer en *demos*.

²³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.11.

²⁴ Émile Durkheim, Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie, Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi Site web : <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>, 1966, p.113.

²⁵ Émile Durkheim, op.cit., 1966, p.114.

C. – L'absence d'expérience du monothéisme comme frein à la pénétration de l'individualisme

La question de l'absence de religion monothéiste comme obstacle possible à la modernité est un vieux débat au Japon porté par des intellectuels comme Kato Shuichi après-guerre, mais aussi comme le rappelle Higuchi par les réformateurs de Meiji eux-mêmes.

Le choix d'Ito Hirobumi de parier sur l'Empereur comme pivot [機軸] de l'État a été un choix conscient motivé par le fait que ni le bouddhisme ni le shintoïsme ne semblaient en mesure de devenir l'outil d'intégration symbolique qu'avait pu être le christianisme en Europe²⁶.

Higuchi note bien que cet élément a probablement eu un impact sur l'individualisme japonais : « En ce qui concerne l'“ individu ” dans la culture chrétienne, il y a l'indépendance et l'autonomie de l'individu face au dieu unique, et cette absence peut certainement être une des explications à la dilution de l'individu »²⁷.

On retrouve des considérations similaires sur le rôle du christianisme dans l'individuation des personnes chez Durkheim. Celui-ci considérait en effet que la morale individualiste était en partie la continuité de la morale chrétienne²⁸ et il a même expliqué en quoi « La foi panthéiste est impossible là où les individus ont un vif sentiment de leur individualité »²⁹, ce qui sonne comme une démonstration par l'absurde du problème japonais : si la foi

²⁶ Higuchi Yoichi, *Constitution : Idée universelle, expressions diversifiées*, Société de Législation comparée, 2006, p.27.

²⁷ [...]「個人」の方にこそキリスト教文化との関連、一神教の神の前での個人の自立と自律があって、その欠如こそが、例えば日本社会における「個人」の稀薄さを、ひとつの要因として説明してくれるのではないであろうか。 Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.139.

²⁸ « Alors que la religion de la cité était tout entière faite de pratiques matérielles d'où l'esprit était absent, le christianisme a montré dans la foi intérieure, dans la conviction personnelle de l'individu la condition essentielle de la piété. Le premier, il a enseigné que la valeur morale des actes doit se mesurer d'après l'intention, chose intime par excellence, qui se dérobe par nature à tous les jugements extérieurs et que l'agent seul peut apprécier avec compétence. Le centre même de la vie morale a été ainsi transporté du dehors au-dedans et l'individu érigé en juge souverain de sa propre conduite, sans avoir d'autres comptes à rendre qu'à lui-même et à son Dieu. Enfin, en consommant la séparation définitive du spirituel et du temporel, en abandonnant le monde à la dispute des hommes, le Christ l'a livré du même coup à la science et au libre examen : ainsi s'expliquent les rapides progrès que fit l'esprit scientifique du jour où les sociétés chrétiennes furent constituées. Qu'on ne vienne donc pas dénoncer l'individualisme comme l'ennemi qu'il faut combattre à tout prix ! On ne le combat que pour y revenir, tant il est impossible d'y échapper [...]. C'est donc une singulière erreur de présenter la morale individualiste comme l'antagoniste de la morale chrétienne ; tout au contraire, elle en est dérivée. En nous attachant à la première, nous ne renions pas notre passé ; nous ne faisons que le continuer. » Émile Durkheim, op.cit., 1898, p.13.

²⁹ Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF : Quadrige, 6e édition, 2015, p.152.

panthéiste est impossible dans une société individualiste, une société panthéiste n'est-elle pas nécessairement holiste³⁰ ?

Cette question de l'absence de monothéisme au Japon n'est pas un enjeu majeur chez Higuchi. Aussi intéressant qu'elle puisse être du point de vue de l'histoire des idées, lui faire porter seule la responsabilité de la faiblesse de l'individualisme dans le Japon moderne lui paraît pour le moins excessif. Cependant il est intéressant pour nous de préciser sur ce point la position de Durkheim. Sa démonstration de la préséance morale de la société sur l'individu va en effet se calquer sur la preuve de l'existence de Dieu par Kant.

Durkheim explique que la morale personnelle ne pouvant se tourner vers le moi comme fin ultime, suppose un être supérieur au moi. Et comme cet être supérieur ne peut être tourné à son tour que vers d'autres consciences (la morale ne pouvant avoir que des consciences comme objet), il existe nécessairement un groupement supérieur à l'individu et qui est la société. La morale vise donc avant tout le « sujet collectif »³¹.

Dieu n'est pour Durkheim que la forme sublimée de la société, et la transmutation de Dieu dans la société semble se faire en parallèle du passage d'une morale religieuse à une morale laïque. C'est un point d'importance, car ce qui va attirer Higuchi dans le modèle républicain français, c'est aussi cette religion de l'individu, une morale laïque qui permettrait aux citoyens de communier dans la société. C'est ce que nous verrons dans notre troisième partie. Mais le passage d'une morale religieuse à une morale laïque n'est pas le seul écueil de la progression de la figure de l'individu au Japon. L'autre point d'achoppement est l'illusion de l'homogénéité ethnique dans laquelle se complaît une partie des acteurs politiques japonais.

D. – *L'opposition entre individu construit et individu ontologique, entre demos et ethnos chez Higuchi*

Higuchi a opposé dans plusieurs ouvrages « l'État-nation/demos » de « l'État-nation/ethnos », définissant l'État-nation/demos comme « l'État libéré d'être l'otage de la nation au sens d'ethnos ».

Le choix d'Ito de faire de la maison impériale le « pivot » de la fondation de l'État-nation japonais a non seulement été une tentative de légitimer le pouvoir, mais aussi de constituer le peuple japonais comme une ethnie homogène, malgré la forte régionalisation qui existait dans le précédent

³⁰ Si on suit la distinction fondamentale entre individualisme et holisme développée par Louis Dumont dans son *Essai sur l'individualisme*, Éditions du Seuil, 1983.

³¹ Émile Durkheim, *Sociologie et philosophie*, PUF : Quadrige, 5^e édition 2014, p.61.

système féodal.

C'est un thème central pour Higuchi, qu'il développera dans de nombreux ouvrages, en français comme en japonais.

La nation-demos se construit pour Higuchi autour de valeurs communes et universelles qui sont choisies par ceux qui veulent être citoyens de cette société. Le *demos* est donc un choix rationnel et actif. L'*ethnos* lui est subi, il est lié à la « nature » supposée de la personne, au hasard de la localisation de sa naissance. C'est le *demos* du contrat social contre l'*ethnos* du sang et de la région. Et cette illusion se poursuit jusqu'à aujourd'hui, portée par les politiciens influents comme Nakasone qui avait déclaré le peuple japonais comme « Un état d'une seule ethnie » [日本は単一民族国家] dans les années 90, dans les dernières propositions de révisions aussi : comme le note Higuchi, ceux-ci proposent comme nouveaux symboles pour guider la pensée collective du Japon, l'ADN d'une ethnie [民族のDNA], le beau pays [美しい国], la tradition [伝統], autant de concepts vagues qui sont du côté de ce qu'Higuchi appelle « la culture naturelle » ou la « culture de la naturalité » [自然] et qu'il oppose à la « culture artificielle » ou « construite » [人為] selon les traductions qu'on privilégiera³².

C'est donc aussi pour Higuchi une lutte pour un constitutionnalisme du construit contre l'inné. Il considère que l'État comme union des volontés générales est une fiction, mais c'est une construction historique, rationnelle, porteuse de sens, et non une fiction qui repose sur la simple homogénéité du peuple.

Or on sait avec Durkheim que le passage de la féodalité à la modernité est aussi le passage de la solidarité mécanique à la solidarité organique, par l'intensification et la spécialisation de la division du travail qui exige la différence et la pluralité. Ce qui fait obstacle au progrès démocratique du Japon est ainsi l'absence d'adhésion à l'individualisme de l'État comme du peuple³³.

Higuchi reproche fondamentalement au Japon d'avoir pris le versant militaro-industriel de la modernité sans en avoir pris le versant individualiste, ce qu'il appelle les deux visages de la modernité³⁴. Son constitutionnalisme a notamment pour but d'ouvrir le Japon à la modernité de l'individualisme.

³² Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.22.

³³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.23.

³⁴ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001., p.93

II. LA RÉPUBLIQUE ET LE DROIT COMME OUTIL LIBÉRATION DE L'INDIVIDU : UN MODÈLE POUR LE JAPON ?

Maintenant que le défaut de pénétration des valeurs de l'individualisme au Japon comme catalyseur de la modernité a été posé comme problème, nous pouvons mieux comprendre les solutions qu'a envisagées Higuchi dans son travail.

Très tôt, le modèle de la République à la française lui a semblé contenir des enseignements pour le Japon. :

« Dans le Japon d'aujourd'hui, la pression de l'ie est enfin devenue chose du passé grâce à la progression de l'urbanisation. Cependant, le communautarisme sous la forme de “ l'homme d'entreprise ” s'est propagé à sa place, et pour un Japon qui a adopté une pratique juridique qui a fait reculer la dignité de l'individu de par l'insouciance théorie des “ droits de l'homme de la personne morale ”, par des décisions dans l'exercice du droit positif des cours de justice telles que “ la liberté religieuse de tel temple ”, “ la liberté des activités politiques des entreprises ”, il apparaît important de faire une fois véritablement l'expérience de la problématique de l'individualisme jacobin qui a individualisé “ l'homme atomisé ” en osant faire des corps intermédiaires l'ennemi. C'est en tout cas la position de l'auteur de ces lignes. »³⁵.

L'intuition première de Higuchi a été que le modèle républicain français et ses spécificités pouvaient servir de contre-modèle visant à lutter contre les trois ennemis de l'individualisme que sont l'État japonais, la Cour Suprême et le peuple lui-même, du fait qu'il a su s'attaquer au rôle oppressif des corps intermédiaires.

A. – Contre les corps intermédiaires, contre le communautarisme

C'est en français, en 1989, lors d'un colloque du bicentenaire de la révolution qu'Higuchi a opposé le modèle de la république toquevillienne à

³⁵ 「今日の日本社会で、「イエ」の重圧は都市化の進行とともにようやく過去のものとなろうとしているが、それにかわって「会社人間」という形での共同体主義がひろくゆきわたり、裁判所による実定法運用の場面でも、「会社の政治的行為をなす自由」や「〇〇神社の信教の自由」など、無頓着な「法人の人権」論によって個人の尊厳を後退させる論法が採用されている日本国では、中間団体の敵視のうえにあえて「アトムの個人」を析出させたジャコバン型個人主義の問題意識を、すくなくとも一度本格的に追体験することの方が重要ではないか、というのが筆者の現地である。」。

樋口陽一『権力・個人・憲法学—フランス憲法研究』学陽書房、1989年。Higuchi Yoichi, *Pouvoir, individu, droit constitutionnel — Étude des Constitutions françaises*, 1989, p.35.

la république rousseauiste-jacobine.

Le propre du modèle rousseauiste-jacobin est, pour Higuchi, qu'il a construit l'État-nation autour de l'émancipation de l'individu. Il en fait rapidement l'histoire ainsi :

« D'abord l'État-nation révolutionnaire a libéré l'individu, en supprimant tout corps et ordres de caractère statutaire. L'État laïque, ensuite, a assumé un grand rôle en tant que défenseur de l'indépendance spirituelle de l'individu contre la puissance cléricale. L'État régulateur de la vie économique et sociale, enfin, a essayé, à son tour, de contrôler la puissance de l'argent au profit de l'autonomie de l'individu »³⁶.

Le modèle toquevillien a pour traits « l'importance du pouvoir judiciaire, la décentralisation et le goût pour les associations »³⁷. C'est le modèle communautariste américain, fondé sur les « community town », modèle de la « consociational democracy »³⁸. Il oppose ce modèle d'« État-demos pluraliste » à l'« État-demos intégrateur » du modèle rousseauiste-jacobin³⁹.

Cet accent mis sur le rôle de la république comme suppression des corps intermédiaires entre l'individu et l'État est ancien, mais à ses débuts, Higuchi était, comme le note le professeur Yamamoto, pessimiste sur la capacité du Japon à adopter ce modèle. Il a cherché à le revitaliser par la suite dans les années 1990⁴⁰.

Les deux modèles rousseauistes et toquevilliens sont à la base d'une distinction qu'il opère entre le « citoyen qui soutient l'État » [国家を支える「市民」] et l'« homme comme sujet de liberté vis-à-vis de l'État » [国家からの自由の主体としての「人」]⁴¹.

Cette distinction citoyen/homme correspond à deux visions des droits de l'homme : les Human Rights anglo-saxons qui désigneraient le droit à mener une vie humaine. C'est le « sens large » (lato sensu)⁴² des droits de l'homme, car ici le titulaire de ces droits est un homme culturellement situé, le contenu de ce qui est considéré comme humain dépendant de la société qui confère et protège ces droits.

Le citoyen est lui objet des droits « stricto sensu » de l'homme qui

³⁶ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.44.

³⁷ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.12.

³⁸ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.33.

³⁹ Ibid, p.51.

⁴⁰ 山元一『〈「自由」の共和国〉の憲法思想—70年代主権論争そしてその後』石川健治編著『学問／政治／憲法—連環と緊張』岩波書店、2014。Yamamoto Hajime, « Pensée constitutionnelle de la “République de la liberté” – le débat sur la souveraineté des années 70, pendant et après », 2014, p.38.

⁴¹ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.VI.

⁴² Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.52.

présupposent « comme titulaire des droits, l'individu libéré de la communauté à laquelle il appartient »⁴³. La définition stricto sensu dessine donc un individu autonome, au sens durkheimien.

Ce qui est intéressant dans le cheminement intellectuel d'Higuchi, est que « la liberté vis-à-vis de l'État » a été un concept important de son début de carrière, mais il s'en est peu à peu éloigné pour se faire l'avocat de la « liberté par l'État » qui caractérise la République. C'est que Higuchi a toujours vu une tension entre la nécessité d'une séparation entre individu et État, où l'individu doit être libre vis-à-vis de l'État et se défendre de son oppression, dans un mouvement de résistance, et la nécessité pour l'individu d'être un membre actif du *res publica*. On a pu lire au Japon que ce changement de paradigme, d'une vision libérale de l'homme à une vision républicaine de l'individu, constituait un *revirement* [転向] mais, comme il s'en est justifié lui-même, qu'on traite cela de changement ou de revirement, « il a déplacé l'accent » « entre ces deux éléments », selon ses positions sur les débats du moment⁴⁴.

Higuchi a vu après les années 70 la doctrine japonaise se tourner vers « la liberté vis-à-vis de l'État » qui « inclut les droits de l'homme de la personne morale »^{45,46}.

Finalement, Higuchi a très tôt oscillé entre démocratie anglo-saxonne et républicanisme français, entre droits de l'homme comme atout et citoyenneté comme participation à la *res publica*.

Simplement la balance penche de plus en plus du côté du républicanisme, au fur et à mesure que le constitutionnalisme japonais penche de plus en plus vers le modèle anglo-saxon, entraîné par l'influence économique du modèle

⁴³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.52.

⁴⁴ 私自身としては、同時に成立する二つの要素のうち、その時期の主たる対抗言説として私が想定したものが何であるかによって、強調点の推移が見られるのだ、と考えている。Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.18.

⁴⁵ このようにして 70 年代を経ることによって、個人主義・反集団型「人権」観が形づくられてくる。それは、先に引用した岡田与好の文章によって要約されてきた日本社会の現実とそれを正統化する実定法運用に対して、そして、自明のように「法人の人権」を含めて「国家からの自由」を語るという意味で「リベラリズム」に傾いていた学界の大勢に対しての、異論提出であった。樋口陽一「学説の「一貫」と「転換」―「学説と環境」再論」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男『国家と自由・再論』日本評論社、2012 年、1-13 頁。Higuchi Yoichi, « “Cohérence” et “revirement” d'une doctrine – revisite de “Doctrine et contexte” », Nihonhyoronsha, 2012, p.5.

⁴⁶ Le travail de redécouverte du travail de René Capitant par Olivier Beaud et notamment de ses cours de 1939 a aussi été une source de renouvellement de son amour pour le modèle jacobin. また、「共和国」という観念を私が自分自身 にとってのキーワードとして用いるようになったのは、ルネ・カピタンの 1939 年講演の草稿がオリヴィエ・ボーによってカピタン家の資料の中から掘り出され公にされた 2004 年- 正確に言えば、公刊前にそのことをボーによって知らされた時点- 以後のことである。Higuchi Yoichi, op.cit., 2012, p.11.

américain.

Ce que cherche Higuchi dans le modèle jacobin, est la différence entre des droits individuels où l'individu est considéré comme universel et libéré de sa communauté (donc non racisé et non ethnicisé) et l'État pluraliste qui considère l'individu comme faisant partie d'abord d'une association⁴⁷.

Dans son récent ouvrage sur l'individu, Higuchi cite dès le début René Capitant sur le fait que « La république est plus que la démocratie »⁴⁸. Nous allons avoir besoin de Durkheim pour voir en quoi justement la république est davantage que la démocratie.

B. – *Le modèle durkheimien : le droit comme libération de l'individu*

L'idée que l'État libère, et que plus d'État signifie plus de liberté et plus d'individualisme et donc plus de société, est au centre de l'œuvre de Durkheim :

« L'individu se soumet à la société et cette soumission est la condition de sa libération. Se libérer, pour l'homme, c'est s'affranchir des forces physiques, aveugles, inintelligentes ; mais il ne peut y arriver qu'en opposant à ces forces une grande puissance intelligente, à l'abri de laquelle il se place : c'est la société. En se mettant à son ombre, il se met, dans une certaine mesure, sous sa dépendance ; mais cette dépendance est libératrice. Il n'y a pas là de contradiction »⁴⁹.

Dans le système durkheimien, il y a concurrence entre l'État et les autres groupes de la société pour le monopole des représentations symboliques des individus, car « Tout groupe qui dispose de ses membres sous contrainte s'efforce de les modeler à son image, de leur imposer ses manières de penser et d'agir. »⁵⁰. L'État n'est en effet que le premier des groupes, et Durkheim le définit à minima comme « un groupement qui ne relève d'aucun groupement plus étendu. »⁵¹.

L'autre particularité de l'État est qu'il est le seul à pouvoir « parler et agir au nom de la société » et est avant tout « un organe de réflexion »⁵². C'est en cela qu'il est libérateur. Comme l'État s'octroie le monopole des

⁴⁷ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.53.

⁴⁸ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.4.

⁴⁹ Émile Durkheim, *Sociologie et philosophie*, PUF : Quadrige, 5^e édition 2014. Émile Durkheim, op.cit., 2014, p.86.

⁵⁰ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.154.

⁵¹ Émile Durkheim, *Textes 3 — fonctions sociales et institutions*, Les éditions de minuit, Collection le « sens commun », 2016, p.179.

⁵² Émile Durkheim, op.cit., 2016, p.174.

représentations collectives, il permet à l'individu de s'affranchir des représentations symboliques de son groupe.

Le but de l'État est d'empêcher les groupements locaux d'imposer les représentations collectives du groupe sur ses individus, de placer au-dessus des intérêts des collectivités locales les intérêts collectifs, qui sont les droits et intérêts de l'individu⁵³. L'action de l'État s'oriente donc contre ce qu'Higuchi nomme avec John Stuart Mill la tyrannie sociale. Le groupe est plus tyrannique que l'État. Durkheim ne dit pas autre chose : « Son intervention dans les différentes sphères de la vie collective n'a donc rien par elle-même de tyrannique ; tout au contraire, elle a pour objet et pour effet d'alléger les tyrannies existantes »⁵⁴.

L'État a été l'instrument majeur de libération de l'individu, en le sortant de l'enfer du groupe, « c'est lui qui a soustrait l'enfant à la dépendance patriarcale, à la tyrannie domestique, c'est lui qui a affranchi le citoyen des groupes féodaux, plus tard communaux, c'est lui qui a affranchi l'ouvrier et le patron de la tyrannie corporative, et s'il exerce son activité trop violemment, elle n'est viciée en somme que parce qu'elle se borne à être purement destructive »⁵⁵.

Mais pour jouer ce rôle libérateur, l'État doit se faire intrusif, il faut qu'il « pénètre ces groupes secondaires », qu'il se « mêle à leur vie » qu'il « contrôle la manière dont ils fonctionnent »⁵⁶. C'est précisément ce pour quoi milite Higuchi quand il veut que la Cour Suprême renonce à sa jurisprudence de la société partielle ou aux droits de l'homme des personnes morales. Il s'agit de redonner au droit un droit d'ingérence dans les groupes pour en protéger l'individu. Le problème pour le Japon est qu'un État, c'est aussi un gouvernement, qui n'est pas nécessairement à la hauteur de la tâche qui lui incombe. L'État en tant qu'incarnation de l'idéal républicain peut se mettre des ingérences. Peut-on demander la même chose au gouvernement japonais ?

Durkheim a bien conscience que ce monopole des représentations collectives est un danger. Comme il l'explique à ses étudiants, toute société tend au despotisme, car tout en libérant l'individu, elle est « une force morale à ce point supérieure à celle des parties »⁵⁷ qu'elle tend à se subordonner l'individu. C'est pour cette raison que Durkheim va défendre l'idée des corporations professionnelles comme instance de médiation pour protéger l'individu de l'État. Il ne milite pas pour un retour aux corporations

⁵³ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.156.

⁵⁴ Ibid, p.156.

⁵⁵ Ibid, 2015, p.158.

⁵⁶ Ibid, p.159.

⁵⁷ Ibid., 2015, p.154.

moyenâgeuses qui ont disparu pour des « raisons économiques », mais pour « socialiser » l'individu démuni face à la puissance symbolique de l'état⁵⁸.

Le danger qu'il identifie au corporatisme est l'immobilisme. Et le danger de la fin du corporatisme est l'anarchie. La solution est donc une corporation qui ne soit plus locale, mais une organisation « générale, nationale » où les groupements ne seraient que des organes de « transmissions et de diversification »⁵⁹ : les corporations professionnelles.

L'État sera toujours l'entité qui chaperonne les corporations : « Enfin il est bien certain que toute cette organisation devrait être rattachée à l'organe central, c'est-à-dire à l'État. La législation professionnelle ne pourra guère être qu'une application particulière de la législation générale, de même que la morale professionnelle ne peut être qu'une forme spéciale de la morale commune. »⁶⁰.

Ce que promeut Durkheim est la création de branches professionnelles qui défendraient les intérêts de leurs membres et donnerait un but aux personnes travaillant dans cette branche, leur permettant de s'intégrer à la société en tant qu'individus sans être écrasées par elle. Le groupement professionnel est pour Durkheim le seul qui soit moral, puisqu'il correspond au mouvement de la solidarité organique voulue par la division du travail moderne. Il ne s'agit donc pas de corporations géographiquement situées et fondées sur l'homogénéité de la morale et du sang, mais bien de groupements fondés sur une morale rationnelle, issue de la division du travail.

C. – *La communauté comme médiation ?*

Higuchi pourrait-il valider la vision des corporations de Durkheim ?

Ce serait, je pense, une erreur de voir dans les *kaisha* japonaises un parallèle avec les corporations professionnelles. Car la solidarité des communautés japonaises est essentiellement « mécanique », comme le rappelle plusieurs fois Higuchi au lecteur francophone⁶¹. Les communautés japonaises sont « homogènes », et ne diffèrent pas dans leur morale. Elles ne cherchent pas à élever l'individu au sein de la société globale. Elles sont juste des communautés locales qui asservissent l'individu.

Cependant, la réflexion de Durkheim nous éclaire sur un point dont Higuchi a bien conscience : le danger social que constitue le démantèlement

⁵⁸ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.114.

⁵⁹ Ibid, p.125.

⁶⁰ Ibid, p.128.

⁶¹ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.11, note 7.

des communautés. « Cette “ souffrance ” a été la souffrance qu'on doit bien qualifier d'héroïque de l'individu qui doit lutter lui-même contre la pression sociale créée par les communautés à la japonaise (les anciennes *ie* et *mura*, après la période de haute croissance économique la *kaisha*), ce qu'on peut nommer avec John Stuart Mill la “ tyrannie sociale ”. Mais avec les années 1990, l'“ individu atomisé ” a été doublement libéré des entraves et de la protection des communautés, et est entré dans une nouvelle souffrance : celle de la “ société sans liens ” »⁶². Il a conscience du problème que pose la libération de l'individu, puisque celui-ci se retrouve seul face à « un seul pouvoir détenteur de légitimité, l'État »⁶³.

Le paradoxe du Japon est que, comme le note Higuchi, l'une des entraves à l'installation d'une véritable démocratie à la fin de l'ère Meiji a été « l'absence de tradition de corps intermédiaires qui permettent de protéger l'individu du pouvoir politique »⁶⁴. Il y a au Japon un ancien problème de médiation du pouvoir, les dirigeants évoluant dans une sphère déconnectée de la sphère de la vie commune.

Le problème du corporatisme japonais pour Higuchi est, semble-t-il, que le corporatisme au Japon l'est au « mauvais sens du terme »⁶⁵. Il constitue un corporatisme conformiste qui vise à défendre des intérêts égoïstes et locaux, et non une association visant à élever les citoyens autour de thèmes communs pour rappeler l'État à ses obligations vis-à-vis de l'intérêt général. Higuchi sépare lui-même les groupes « en tant que pouvoirs sociaux qui risquent d'absorber l'individu » et les groupements « en tant que pouvoirs sociaux qui pourraient assumer le rôle d'acteurs d'une séparation des pouvoirs vis-à-vis du pouvoir politique »⁶⁶.

Les corporations durkheimiennes visent à tempérer l'intrusion de l'État dans la conscience de chacun grâce à des groupements qui prendraient une part active à l'élaboration de la conscience collective, en permettant à la solidarité organique de s'armer moralement autour de personnes travaillant sur des projets communs. La corporation japonaise fonctionne celle comme une corporation amoral au sens durkheimien, car elle est tournée vers elle-

⁶² その「苦しさ」は、日本型共同体(かつて「イエ」「ムラ」、高度経済成長を経て「カイヤ」共同体)という社会的圧力 J - S ・ ミルとともに言えば social tyranny)に抗して自己主張すべき「個人」の、あえて言えば英雄的な苦しさ だった。ところが、90 年代以降、日本社会は、共同体による拘束と保護の両方から「アトムの個人」が二重の意味で「解放」され、人びとは「無縁社会」という、新しい「苦しさ」の中に追い込まれてゆく。Higuchi Yoichi, op.cit., 2012, p.8.

⁶³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.53.

⁶⁴ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.160.

⁶⁵ Ibid, p.278.

⁶⁶ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.69.

même et non vers la société. La mise en garde du sociologue français mérite d'être citée un peu longuement ; « Il faut qu'à l'intérieur de cette société il ne se forme pas de groupes secondaires qui jouissent d'une suffisante autonomie pour que chacun d'eux devienne en quelque sorte une petite société au sein de la grande. Car alors, chacune d'elles se comporte vis-à-vis de ses membres à peu près comme si elle était seule, et tout se passe comme si la société totale n'existait pas. Chacun de ces groupes, enserrant de très près les individus dont il est formé, gênera leur expansion ; l'esprit collectif s'imposera aux conditions particulières. Une société formée de clans juxtaposés, de villes ou de villages plus ou moins indépendants, ou de groupes professionnels nombreux autonomes les uns vis-à-vis des autres, sera à peu près aussi compressive de toute individualité que si elle était faite d'un seul clan, d'une seule ville, d'une seule corporation »⁶⁷. L'individu entravé par les sous-groupes, c'est précisément ce qui se passe au Japon, et ce qu'Higuchi regrette.

D. – *La responsabilité étatique d'élévation morale des individus*

Les communautés japonaises ne remplissent pas leur rôle au Japon d'élévation de la conscience sociale, car elles ne sont pas capables d'élever l'individu au-dessus de lui-même vers l'intérêt général. L'État japonais est dans la même incapacité et ne correspond donc pas à l'image exigeante qu'en présente Durkheim. Ce dernier définit l'État comme « l'organe de la pensée sociale »⁶⁸, composé d'« un groupe de fonctionnaires *sui generis*, au sein duquel s'élaborent des représentations et des volitions qui engagent la collectivité, quoiqu'elles ne soient pas l'œuvre de la collectivité »⁶⁹.

La pensée venant du peuple est diffuse et l'un des rôles de l'État est de porter une voix rationnelle et organisée qui se mette en écho avec cette pensée. L'État n'est pas la conscience collective, même s'il inclut, mais il la rationalise et la dépasse dans un effort de délibération qui est le propre des démocraties. En effet, Durkheim explique que ce qui distingue la démocratie des autres modes d'exercices du pouvoir comme la monarchie ou l'aristocratie, ce n'est ni le lieu du pouvoir ni le nombre de gouvernants. Quel que soit le régime, le pouvoir est toujours réuni dans les mains d'un petit nombre de personnes. La caractéristique de la démocratie est que le mode de gouvernement de l'État est celui de la délibération⁷⁰. L'exécutif est appelé

⁶⁷ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.155.

⁶⁸ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.177.

⁶⁹ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.140.

⁷⁰ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.142.

ainsi, car il est proche des organes de l'exécution et de l'administration, mais c'est avant tout des conseils, des chambres, dont le mode de travail est la discussion, la création de « représentations ».

Ce rôle de délibération signifie que l'État doit exposer publiquement les décisions qu'il prend afin que les individus puissent observer ce qui se décide en haut lieu et en discuter dans l'enceinte démocratique. En retour, l'État peut prendre en compte les questionnements exprimés par le peuple. C'est aussi la force de la démocratie pour Durkheim, car le propre des monarchies et des régimes autoritaires est au contraire l'opacité et la séparation du sacré et du profane.

Mais si cette opacité prive le peuple d'un droit de regard sur ce que font leurs gouvernants, elle empêche également le gouvernement de voir ce que fait son peuple. C'est pour cette raison que le pouvoir absolu n'a d'absolu que le nom, car il s'agit d'un pouvoir sur les individus et non sur la société⁷¹. L'État non démocratique était un « être mystérieux sur lequel le vulgaire n'osait pas lever les yeux », il était sacré, « séparé du commun »⁷².

Higuchi remarque de façon similaire que le « caché » a toujours été une caractéristique du pouvoir au Japon. Le code du bakufu en matière de procès de 1742 *kujikata-osadamegaki* est marqué du « sceau du secret »⁷³ et la doctrine confucéenne de « Ne rien faire savoir au peuple, le faire obéir », a été constitutive du rapport gouvernant/gouvernés au Japon⁷⁴. Le shintoïsme lui-même est essentiellement une religion du dissimulé, contrairement au bouddhisme dont les rites et doctrines sont plus ouverts.

La transparence est essentielle à la démocratie à la fois pour que le peuple puisse se mettre en discussion avec les gouvernants, mais aussi pour pouvoir étendre les pouvoirs de l'État qui doit comprendre la société pour bien la gouverner. « Du moment où le peuple se pose les mêmes questions que l'État, l'État pour les résoudre ne peut plus faire abstraction de ce que pense le peuple. »⁷⁵. Il faut que les éléments obscurs parviennent dans la « région claire de la conscience sociale » qui est celle de l'État⁷⁶.

La double caractéristique de la démocratie est par conséquent :

« 1. L'extension plus grande de la conscience gouvernementale

2. Les communications plus étroites avec cette conscience de la masse des consciences individuelles. »⁷⁷.

⁷¹ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.188.

⁷² Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.180.

⁷³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.160.

⁷⁴ Ibid, p.160.

⁷⁵ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.180.

⁷⁶ Ibid, p.188.

⁷⁷ Ibid, p.189.

Le degré de délibération est ainsi l'aune à laquelle les démocraties peuvent être jugées : « Un peuple est d'autant plus démocratique que la délibération, que la réflexion, que l'esprit critique joue un rôle plus considérable dans la marche des affaires publiques. »⁷⁸. Ce qui ne fonctionne pas dans la démocratie japonaise, ou en tout cas pas suffisamment correctement, est pour Higuchi, que l'État de semble pas assurer ce rôle au Japon. Le rôle de l'État durkheimien n'est pas « d'exprimer, de résumer la pensée irréfléchie de la foule, mais de surajouter à cette pensée irréfléchie une pensée plus méditée, et qui par la suite ne pas n'être pas différente. »⁷⁹. Il faut que l'État puisse élever la conscience collective diffuse vers plus de rationalité et plus de pertinence.

Si au Japon l'État ne joue pas ce rôle, si ni les cours de justice ni les associations ne semblent vouloir jouer leur rôle de médiation et de correction, il reste donc à trouver un espace médian qui permette de rappeler l'État à son rôle de libération et d'élévation. Si le citoyen doit bien refuser la « fusion » [一体化] avec la nation, il doit pouvoir devenir un « membre actif de la res publica, toujours en lien avec “la chose publique” »⁸⁰. Cela nécessite un changement des mentalités au Japon qu'Higuchi pense pouvoir provoquer en confrontant le Japon au modèle républicain français.

III. FIGURES DE L'INDIVIDU CHEZ DURKHEIM ET HIGUCHI : L'INDIVIDU MORAL ET LE CITOYEN

Nous avons fait le choix de prendre notre cheminement intellectuel à rebours, pour finir avec ce qui aurait dû débiter cette intervention : une définition de l'individu chez Higuchi et Durkheim. J'espère que nos efforts jusqu'à présent auront montré la raison de ce choix : il est complexe de traiter la question de l'individu sans poser les éléments constitutifs des systèmes de pensée de nos deux auteurs, notamment la façon dont ils pensent l'articulation entre État et société.

⁷⁸ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.190.

⁷⁹ Ibid, p.194.

⁸⁰ 「公事 (chose publique) への関わりを求めつけようとする、公共社会 (res publica) の能動的構成員なのである」 Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.11.

A. – La critique durkheimienne de l'individu utilitariste de Spencer et la prise de distance progressive d'Higuchi face au modèle toquevillien

L'individu chez Durkheim devient individu en étant membre d'une société : « L'homme n'est homme que parce qu'il vit en société »⁸¹. Pour Durkheim, cela a un sens précis sur les rapports entre l'individu et la société : nous sommes pris dans la morale de la société, car la morale n'existe que construite par la société, il n'y a pas de morale a priori, pas de morale individuelle au sens strict. La morale individuelle constituerait un oxymore puisque toute morale est nécessairement tournée vers d'autres consciences, donc collective.

C'est ce qu'il reprochera à Spencer : de ne voir dans la société qu'un « agrégat d'individu visant leurs fins égoïstes ». On ne peut donc avoir une définition négative de l'État qui serait seulement de « coordonner » les rapports entre des individus, pour reprendre une problématique d'un des héritiers de l'utilitarisme, Joseph Raz. Pour Durkheim, l'intérêt individuel n'est jamais tourné vers l'individu, mais vers la société⁸². Il n'y a pas de morale théorique d'un individu anémique qui ensuite fusionnerait avec les autres morales particulières pour fonder la volonté générale. La morale et, par conséquent, la volonté de chacun, viennent de la société à nous. C'est aussi ce qui explique sa lecture de Rousseau que nous évoquions plus haut : la volonté générale, c'est la volonté du bien commun, c'est-à-dire la volonté des individus en prise avec la morale de leur société.

On peut rapprocher ces oppositions de Durkheim entre « l'homme » anglo-saxon et l'individu républicain avec celles que Higuchi opère entre l'homme détenteur de droits individuels qui doit être protégé de l'ingérence de l'État, et l'individu autonome, membre actif de la *res publica* : dans les deux cas, l'homme de Spencer s'oppose à l'individu durkheimien. Higuchi valide ces deux modèles, expliquant que le modèle toquevillien fonctionne car les communautés ne sont pas oppressives et que le modèle républicain fonctionne car l'individualisme étant profondément ancré dans la conscience collective française, l'association ne se fait pas au dépend de l'individu⁸³.

Sa préférence pour la République semble être justement basée sur un refus de la vision de l'individu que propose Spencer. C'est l'individu détenteur de droits « au sens large » que Higuchi critique de plus en plus au fur et à mesure du mûrissement de son œuvre, l'individu qui est libre « par rapport à l'État » et qui ne cherche qu'à satisfaire sa « liberté comme désir ».

⁸¹ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.153.

⁸² Ibid, p.143.

⁸³ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.13.

Il lui préfère l'individu-citoyen qui est détenteur de droits au sens restreint, c'est-à-dire de droits qui lui permettent de participer à la *res publica*.

Avec Kato Shuichi, il⁸⁴ explique que le Japon est une société « égalitaire et non individualiste »⁸⁵. L'individu d'Higuchi doit s'élever à la société.

Dans sa dichotomie entre la liberté « par » et « de » l'État, il appelle « la liberté combattante » la liberté vis-à-vis de l'État. C'est l'individu de Spencer qui protège son individualité de la contagion étatique. Ce mouvement de combat est nécessaire pour l'individu, mais ce combat se fait non à des fins seulement personnelles, mais en vue d'une logique d'élévation de l'espace public. À ce propos, Higuchi a précisé qu'une société libre doit également laisser un espace pour la liberté « non combattante » et qu'elle garantit le droit pour l'individu à être « indifférent » [無関心でいることの自由を保障する]⁸⁶.

Cet espace ne peut néanmoins s'étendre à l'infini, car si tous les citoyens se comportent comme des « free-rider » de la démocratie, l'espace public ne comporterait plus d'individus exerçant leur citoyenneté pour maintenir le dialogue nécessaire avec l'État pour l'obliger à se montrer en accord avec la conscience collective⁸⁷.

Il nous paraît qu'on peut voir en creux dans les critiques de Durkheim sur l'individu de Spencer ce qu'Higuchi craint des excès l'homme détenteur de droits de l'homme : un homme asocial au sens durkheimien, qui ne s'inscrit plus dans la morale de sa cité, qui vit sa vie comme un électron libre mû par son seul intérêt égoïste.

B. – *La critique durkheimienne de Kant et Rousseau et l'opposition entre l'artificiel et le naturel chez Higuchi*

Peut-on considérer qu'il y ait collusion entre l'individu de Durkheim et celui d'Higuchi ? On peut en douter et pour cela il est nécessaire de prendre l'autre individu critiqué par Durkheim, « l'individu mystique » de Kant.

La critique de Durkheim porte sur le fait que les droits moraux ne peuvent découler de la nature humaine. C'est la méthode déductive de Kant qui est ici

⁸⁴ Voir l'ouvrage qu'Higuchi a consacré à l'héritage culturel de Maruyama Masao et Kato Shuichi, 樋口陽一『加藤周一と丸山眞男 - 日本近代の〈知〉と〈個人〉』平凡社、2014年。Higuchi Yoichi, *Kato Shuichi et Maruyama Masao — « l'individu » et le « savoir » dans le Japon moderne*, 2014.

⁸⁵ Shuichi Kato, Problèmes des écrivains japonais d'aujourd'hui, Temps modernes, février 1969, cité dans Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.223.

⁸⁶ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.67.

⁸⁷ Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.67-68.

visée, car pour Durkheim, l'individu émergeant de la société, on ne peut déduire d'une supposée nature de l'homme la liste des droits dont il doit être doté. La morale de Durkheim repose, quant à elle, sur une méthode inductive, puisqu'il l'observe dans la société même : c'est la moralité de l'individu rendue nécessaire par la solidarité organique née de la division du travail. En cela, l'individu de Durkheim est un individu historique, créé par les sociétés modernes, rendu nécessaire par les évolutions sociales.

Pour lui, les droits sont une construction de la société, et ce n'est pas « l'individu tel qu'il est », mais « c'est la manière dont la société le pratique, le conçoit, l'estimation qu'elle en fait » qui est le sujet des droits de l'individu. On ne peut donc en faire une liste arrêtée, car ces droits iront en s'élargissant avec la société, au fur et à mesure où l'individualisme progressera⁸⁸.

L'individu est donc une idée « artificielle » pour reprendre l'expression d'Higuchi, qui correspond à un moment historique d'une société donnée. L'autonomie qu'il prête à l'individu est en ce sens plus pratique que celle de Kant, car l'individu ne peut être complètement autonome comme il existe nécessairement dans et par la société, c'est-à-dire dans et par une morale qui le précède et le dépasse.

On peut y voir le point d'achoppement principal entre Durkheim et Higuchi, achoppement qui est probablement d'abord la manifestation de la différence entre le point de vue sociologique et le point de vue constitutionnel. Durkheim voit les valeurs telles qu'elles émergent matériellement du tissu social, de la conscience collective, là où Higuchi prend les valeurs constitutionnelles comme données dans les normes fondamentales du constitutionnalisme.

Il ne faudrait cependant pas s'exagérer cette différence méthodologique, car il apparaît qu'Higuchi, comme Durkheim, voient avant tout dans l'individualité une construction de la modernité occidentale, dans laquelle l'État est « le résultat de la volonté des individus libérés de leur “ communauté naturelle ” » et donc une construction « artificielle » et non « naturelle »⁸⁹.

Même si le constitutionnalisme recourt à des fictions pour légitimer l'individu et ses droits plutôt que l'analyse sociologique, et si on peut accepter une critique de « mysticisme » en ce sens, l'artificialité de cette légitimité est assumée, et s'oppose à une autre fiction, celle de la « communauté naturelle »⁹⁰ liée par le sang, que Durkheim rejette de fait encore plus de par son anachronisme historique.

L'individu que dessine Durkheim « ce n'est pas tel ou tel individu que

⁸⁸ Émile Durkheim, *op.cit.*, 2015, p.161.

⁸⁹ Higuchi Yoichi, *op.cit.*, 2001, p.13.

⁹⁰ *Ibid*, p.13.

l'État cherche à développer, c'est l'individu in genere qui ne se confond avec aucun de nous [...] ». L'individu durkheimien reste donc un individu universel, indéterminé sans être abstrait. Il naît non pas d'une culture particulière, mais émerge de la dynamique même de la société moderne.

Comme l'explique Higuchi, si « la réalité de l'homme est multiple », l'individu reste universel, et cette « fiction de l'universalité est confiée à la figure de l'individu »⁹¹.

Higuchi veut un individualisme strict au Japon pour que celui-ci fasse l'effort d'« établir une autonomie morale de l'individu »⁹². Higuchi sait qu'il s'agit d'un effort, que les conditions de l'émergence spontanée de l'individualisme ne sont pas réunies au Japon.

Il ne croit ni à l'individualisme souple ni aux sirènes de la spécificité du communautarisme à la japonaise qui séduit jusqu'en occident⁹³.

Il semble que ce soit le sens à donner à son « universalisme critique ». Si on peut accepter le pluralisme des cultures pour les arts et les lettres, on ne peut pas transiger sur la croyance profonde en l'individu.

Comme il l'explique, si le No peut côtoyer Molière et Racine en tant que culture théâtrale différente, « il ne peut y avoir de cité digne de ce nom sans croyance profonde en l'individu, et on ne peut pas ne pas accepter le sens profond de la conception occidentale en la matière »⁹⁴.

Son universalisme critique accepte le pluralisme des cultures y compris juridiques, mais le seul point pivot sur lequel l'universalisme ne peut transiger est celui de l'individu. En cela, il est très proche de Durkheim qui voit également dans l'individualisme la marque de la modernité et le seul point de cohérence morale entre les différentes cultures. L'individualisme est le propre des sociétés modernes⁹⁵ et le propos d'Higuchi sur le Japon est justement que l'individualisme, entendu ici comme une participation des citoyens à la cité en communication avec l'État, est insuffisante.

C. – *La nécessité d'un « terreau » moral de l'individualisme*

Rappelons que pour Durkheim, l'individu est apparu du fait de conditions sociales : l'individu de Durkheim est pris dans la conscience collective, et notre libre arbitre est très limité. « L'action n'est en ce sens

⁹¹ 「人間」の多様性という現実と、「個人」像に託される普遍性のフィクション」Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.139.

⁹² Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.11.

⁹³ Ibid, p.10.

⁹⁴ Ibid, p.239.

⁹⁵ Comme l'indique le premier titre de la thèse de Durkheim.

qu'un état passif dont nous savons et dont nous comprenons la raison d'être. [...] Être autonome, c'est, pour l'homme, comprendre les nécessités auxquelles il doit se plier et les accepter en connaissance de cause. »⁹⁶.

La morale qui émerge de la société Durkheim ne peut être contrôlée par les individus qui vivent dans cette société, car ils sont pris eux-mêmes dans cette morale. Comment donc le constitutionnalisme pourrait-il prétendre lutter contre l'inaptitude de la société japonaise à l'individualisme ?

Pour Durkheim, l'individualisme n'a aucun rapport avec « l'intelligence » d'une nation. Il rappelle que Rome était une société plus individualiste que la Grèce qui a pourtant engendré de plus grands chefs-d'œuvre.

Si l'État n'est pas un ennemi de l'individu, puisque l'individu ne peut exister sans l'action de l'état, il faut à la société moderne un État rationnel qui mette son énergie dans le droit. « De tous ces faits il résulte que, de plus en plus, l'activité de l'État a le devoir de se tourner vers le droit, doit se concentrer sur le droit et (faire) que le droit agressif, expansif se fasse pacifique, moral, scientifique. »⁹⁷.

Le fait que l'individualisme ait été créé par les changements sociaux ne décharge pas l'État d'une responsabilité dans son effort de rationalisation de la conscience collective.

Durkheim avait ainsi fait des remarques sur l'individualisme qui résonnent particulièrement justes si on les applique au Japon :

« N'est-ce pas un peu le cas de notre individualisme français ? Il a été exprimé théoriquement dans la Déclaration des droits de l'homme quoique d'une manière outrée ; il est loin cependant d'être profondément enraciné dans le pays. La preuve en est dans l'extrême facilité avec laquelle nous avons plusieurs fois accepté au cours de ce siècle des régimes autoritaires, reposant en réalité sur des principes très différents. [...] C'est que, pour instituer une morale individualiste, il ne suffit pas de l'affirmer, de la traduire en beaux systèmes, il faut que la société soit arrangée de manière à rendre possible et durable cette constitution. »⁹⁸.

Cette remarque de Durkheim peut s'entendre bien sûr comme une critique de l'idéal constitutionnel, puisqu'il pose que c'est l'organisation de la société et non les principes constitutionnels qui décide de l'avancée de la morale individualiste.

Mais je ne pense pas que cela autorise une lecture déterministe de Durkheim qui dénierait au droit une chance d'influer sur la société. Il n'a eu de cesse de rappeler l'État à ses devoirs, particulièrement celui de s'immiscer

⁹⁶ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.193.

⁹⁷ Émile Durkheim, op.cit., 2016, p.178.

⁹⁸ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.153.

dans le droit pour imposer la morale individualiste, à critiquer aussi les velléités de retour à une solidarité mécanique.

Or, on peut lire le travail d'Higuchi comme une tentative de créer un terreau intellectuel propice à l'individualisme. Et il veut le faire par le droit, certainement le seul outil que Durkheim jugerait capable de réaliser cet effort.

D. – *Le dépassement de la patrie par la morale universelle*

On peut s'en convaincre en se plongeant dans les *Leçons de sociologie* où Durkheim se laisse aller à une pensée utopiste. « Plus on avance dans l'évolution, et plus on voit l'idéal poursuivi par les hommes se détacher des circonstances locales et ethniques, propres à tel point du globe ou à tel groupe humain, s'élever au-dessus de toutes ces particularités et tendre vers l'universalité. On peut dire que toutes les forces morales se hiérarchisent d'après leur degré de généralité ! »⁹⁹.

Face au patriotisme qui localise l'individu dans un groupe, dans une ethnie, l'espoir de Durkheim est celui d'une humanité qui cherche avant tout à s'universaliser, à améliorer l'élévation morale de sa société, plutôt que de tourner un visage belliqueux vers les autres nations¹⁰⁰.

Il faut « que l'idéal national se confonde avec l'idéal humain », « que les États particuliers deviennent eux-mêmes, chacun en leurs forces, les organes par lesquels se réalise cet idéal général », « que chaque État se donne pour tâche essentielle, non de s'accroître, d'étendre ses frontières, mais d'aménager au mieux son autonomie, d'appeler à une vie morale de plus en plus haute le plus grand nombre de ses membres [...] »¹⁰¹.

On voit comment l'État doit être l'acteur de l'élévation morale des individus de la société, et chercher une perfection morale plutôt que militaire ou économique. Il y a là le fond de l'utopie républicaine et c'est précisément, je pense, ce que veut Higuchi pour le Japon : un État qui cherche à s'améliorer moralement plutôt qu'à « rattraper et dépasser l'Occident afin de construire une puissance économique et, a fortiori, militaire »¹⁰².

On en revient à la distinction entre artificiel et naturel chez Higuchi. Il y a bien au fond une question de choix de morale, entre une morale rationnelle, universelle de l'individu et une morale sentimentale, locale, du clan :

“ Ainsi, l'ethnie tente de prendre l'état en otage et l'état se retire du

⁹⁹ Ibid, p.168.

¹⁰⁰ Émile Durkheim, op.cit., 2015, p.168-170.

¹⁰¹ Ibid, p.170.

¹⁰² Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.9.

travail qu'il doit en premier lieu réaliser, celui que la République avait pourtant imaginé comme service public, et ne cesse de le délaisser toujours plus à l'ethnie et aux forces économiques. Le mot de « nation » désigne-t-il l'État comme promesse artificielle héritée de la pensée moderne des Lumières ? Ou bien une ethnie mêlée étroitement au mythe du sang et la terre des ancêtres (*Blut und Boden*), voilà l'enjeu »¹⁰³.

E. – *La désirabilité de la société comme fondement de la morale durkheimienne*

Pour comprendre le décalage qui peut apparaître pour Durkheim entre la morale d'une société et la morale que pense avoir une société, il faut revenir à sa définition fondamentale des « caractères distinctifs du fait moral »¹⁰⁴.

Si les règles morales sont « investies d'une autorité spéciale en vertu de laquelle elles sont obéies parce qu'elles commandent »¹⁰⁵, ce caractère d'obligation qu'il emprunte sciemment à Kant ne suffit pas à expliquer la règle morale. Il lui faut également un caractère de « désirabilité ». La morale n'est pas pure contrainte, nous obéissons aussi parce que nous avons en tête une certaine idée du bien, parce que nous savons qu'obéir est la chose juste, socialement bonne. Il y a pour Durkheim au sein de l'individu une aspiration au bien, du fait même que l'individu est un être social et que le bien auquel il aspire est le bien de la société. En cela, l'individu durkheimien n'est pas seulement *rationnel en finalité*, il est aussi habité de ce que Weber appellerait une *rationalité en valeur*. Or cette aspiration au bien n'est pas naturelle, elle demande un « effort », « une contrainte sur soi »¹⁰⁶ : « l'élan, même enthousiaste, avec lequel nous pouvons agir moralement nous tire hors de nous-même, nous élève au-dessus de notre nature, ce qui ne va pas sans peine, sans contention »¹⁰⁷. L'individu de Durkheim n'est pas dans un pur rapport de contrainte avec la société, il adhère à son projet moral, car sa propre morale et sa propre identité sont collectives. L'individu ne peut vivre ni contre, ni à

¹⁰³ 「いわば、民族が国家を人質にしようとしているのであり、国家が本来なすべき仕事、République が想定してきたはずの仕事 (service public) から手を引き、民族と経済力に明け渡してしまう傾向が進行している。ネーションというひとつの言葉が、近代啓蒙思想の所産である人為的な約束事としての国家なのか、それとも、血と先祖伝来の土地 (*Blut und Boden*) という神話と密接に結びついた民族なのか、あらためて想起されるべきである。」 Higuchi Yoichi, op.cit., 2009, p.96.

¹⁰⁴ Émile Durkheim, op.cit., 2014, p.42.

¹⁰⁵ Émile Durkheim, op.cit., 2014, p.42.

¹⁰⁶ Ibid, p.42.

¹⁰⁷ Ibid, 42-43.

l'écart de la société, car il cesserait d'être un individu pour devenir un homme anémique. Cet élan vers la société, cette recherche du bien par l'individu est un effort qui doit être dirigé par la raison. L'individu durkheimien aspire au bien, mais pour devenir bon il doit faire un effort sur lui-même.

Cette notion de désirabilité nous renvoie à une de notre première citation tirée du texte de Durkheim sur les intellectuels, sur le fait que le christianisme « a enseigné que la valeur morale des actes doit se mesurer d'après l'intention, chose intime par excellence, qui se dérobe par nature à tous les jugements extérieurs et que l'agent seul peut apprécier avec compétence »¹⁰⁸. C'est peut-être le nœud théorique de l'individualisme chez Durkheim. Être individualiste c'est se plonger en soi pour y trouver les ressources de s'élever au-dessus de soi vers le bien de la société. C'est donc tout le contraire de l'individu égoïste et froid calculateur de Spencer. Pour Spencer, tel que le lit Durkheim, l'individu a une fin individuelle, égoïste, et pour réaliser cette fin utilise l'outil collectif. Chez Durkheim, l'aspiration de l'individu est sociale, collective, mais la motivation première de la réalisation de cette aspiration vient du moi individuel : c'est un effort intime, une relation personnelle entre l'individu et la société où l'individu s'élève vers le collectif, comme le croyant s'élève vers Dieu par la prière.

Dès lors, le rôle de la société est d'aider l'individu à réaliser cet effort, mais sans pouvoir néanmoins l'y contraindre. Elle peut le forcer à adopter les *formes* de la morale en punissant les actes qui dérogent aux règles, mais elle ne peut par la contrainte, l'obliger à adhérer intimement au projet collectif, à ressentir la désirabilité de la règle morale. C'est pour cette raison que l'État a un devoir d'élévation de l'individu et c'est pour cette raison que ce devoir ne peut se réaliser par la contrainte. La morale individualiste n'est pas une morale égoïste, elle est au contraire une morale collective, fondée sur un apparent paradoxe que plus d'individualisme veut dire plus de collectif. Et elle exige un double effort rationnel et moral : celui de l'État et celui de l'individu.

On peut ainsi essayer de reformuler en des termes durkheimiens les déceptions d'Higuchi envers la société japonaise. Le droit ne peut se contenter de contraindre, il doit être désiré, intimement voulu par la société et les individus qui la composent. Et cette désirabilité exige un effort, mais un effort intime qui ne peut être contraint : il peut seulement être stimulé, vivifié par l'État. Or, toute proportion gardée bien sûr, car je ne pense pas qu'Higuchi considère ses compatriotes comme intrinsèquement rétifs au droit, Higuchi semble vouloir nous dire que l'individu japonais manque de cet élan intime

¹⁰⁸ Émile Durkheim, « L'individualisme et les intellectuels. » (1898), « Les classiques des sciences sociales » Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi Site web : <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>, p.13.

vers le droit, et que l'État japonais manque de cette volonté d'animer cet élan intime. Le Japon pécherait donc par un manque moral, un manque de désir du collectif, qui est le réel visage de la morale individualiste. Pour dire les choses différemment, tout se passe comme si Higuchi espérait un individu durkheimien qui « habite » moralement sa citoyenneté, mais qu'il ne rencontrait au Japon que l'individu matérialiste de Spencer.

Au paradoxe durkheimien selon lequel plus d'individualisme veut dire plus de collectif, correspondrait un paradoxe japonais qui voudrait que l'excès de communautarisme japonais engendrerait un manque d'individualisme qui engendrerait lui-même un manque de collectif. Il faudrait donc que les Japonais se montrent plus individualistes pour se montrer plus collectifs. On voit dès lors en quoi la morale constitutionnelle d'Higuchi est intrinsèquement durkheimienne : si l'éducation du peuple au droit est nécessaire, il ne s'agit pas de la morale d'imitation, communautariste et ethnique qui consiste à faire saluer les photos du couple impérial et faire chanter *kimigayo* aux enfants des écoles privées. Il s'agit d'une morale de l'effort rationnel qui pousse l'individu à sortir de ses limites intellectuelles pour s'élever au droit, donc à la société.

CONCLUSION : LE DROIT COMME MORALE ET LA RESPONSABILITÉ DES INTELLECTUELS

Il ne s'agit pas de dire ici que le Japon ne serait pas une démocratie moderne. Comme Louis Dumont l'explique dans son étude sur l'individualisme allemand, si l'individualisme est inhérent à la modernité, il prend des formes différentes selon les nations, et l'idéologie japonaise peut être vue comme une « variation » de l'idéologie moderne à l'instar de l'expression que Dumont utilise pour parler de l'Allemagne¹⁰⁹. Mais cette définition de la morale individualiste permet de mieux comprendre le projet d'Higuchi et la place privilégiée qu'occupe l'individu dans son œuvre. Durkheim nous montre que la morale n'est pas affaire d'idéalisme ou de jus naturalisme comme un positiviste strict pourrait le penser, mais de sociologie du droit. Aussi l'universalisme critique d'Higuchi peut être lu comme une saisie sociologique des manquements de la morale japonaise.

Alors bien sûr, il est certain « que la morale de chaque peuple est directement en rapport avec la structure du peuple qui la pratique [...] que la morale est élaborée par la société même dont elle reflète ainsi fidèlement la

¹⁰⁹ Louis Dumont, op.cit., 1983, p.153.

structure ».

Mais « [s]i par exemple, à un moment donné, la société, dans son ensemble tend à perdre de vue les droits sacrés de l'individu, ne peut-on pas la redresser avec autorité en lui rappelant comment le respect de ses droits est étroitement lié à la structure des grandes sociétés européennes, à tout l'ensemble de notre mentalité, si bien que, les nier sous prétexte d'intérêts sociaux c'est nier les intérêts sociaux les plus essentiels ? »¹¹⁰.

C'est tout le propos d'Higuchi sous la plume de Durkheim. Le droit a été de toute l'histoire du Japon un formidable outil de rationalisation et de progrès de la société. C'était une conviction du constitutionnaliste Miyazawa Toshiyoshi.

Comme le note Durkheim, « Socrate exprimait plus fidèlement que ses juges la morale qui convenait à la société de son temps »¹¹¹, et il est certain que Miyazawa comme Higuchi comprennent mieux les ressorts de la démocratie constitutionnelle que les personnes en charge de faire appliquer la Constitution japonaise. Si on ne peut être « qu'un homme de son temps »¹¹², cela ne veut pas dire qu'on ne peut en appeler à une action rationnelle de l'état sur la conscience collective.

Et ce rôle incombe aux intellectuels.

« Notons en passant que ce mot, très commode, n'a aucunement le sens impertinent qu'on lui a trop malignement attribué. L'intellectuel n'est pas celui qui a le monopole de l'intelligence ; il n'est pas de fonctions sociales où l'intelligence ne soit nécessaire. Mais il en est où elle est, à la fois, le moyen et la fin, l'instrument et le but ; on y emploie l'intelligence à étendre l'intelligence, c'est-à-dire à l'enrichir de connaissances, d'idées ou de sensations nouvelles. Elle est donc le tout de ces professions (art, science) et c'est pour exprimer cette particularité qu'on en est venu tout naturellement à appeler intellectuel l'homme qui s'y consacre. »¹¹³.

Comme le rappelle Durkheim, le droit d'avoir une opinion « ne consacre nullement je ne sais quel droit à l'incompétence. Sur une question où je ne puis me prononcer en connaissance de cause, il ne coûte rien à mon indépendance intellectuelle de suivre un avis plus compétent »¹¹⁴.

Et c'est ce que propose Higuchi : il tente de corriger la morale japonaise à l'aide du constitutionnalisme et du modèle républicain français pour le rendre véritablement moderne, c'est-à-dire résolument individualiste. C'est là

¹¹⁰ Émile Durkheim, op.cit., 2014, p.72.

¹¹¹ Émile Durkheim, op.cit., 2014, p.77.

¹¹² Ibid, p.80.

¹¹³ Émile Durkheim, op.cit., 1898, p.10.

¹¹⁴ Ibid, p.10.

sa responsabilité de constitutionnaliste, mais surtout d'intellectuel.

Il l'exprime lui-même mieux que je ne saurais le faire en ces mots :

« En conclusion, l'auteur de cet article pense que ces lignes sont, pour le Japon, à la fois une critique sévère et un plaidoyer. Critiquer son propre pays tel qu'il est, et plaider pour ce qu'il devrait être, n'est-ce pas là, l'un des devoirs essentiels de l'intellectuel ? »¹¹⁵.

BIBLIOGRAPHIE

J'ai essayé de citer Higuchi le plus possible en français. Celui-ci étant parfaitement francophone, j'ai préféré en rester aux traductions de ses concepts qu'il a lui-même supervisées.

Ouvrages d'Higuchi Yoichi sur l'individualisme en français

● Higuchi Yoichi, *Le Constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 2001.

● Higuchi Yoichi, *Constitution : Idée universelle, expressions diversifiées*, Société de Législation comparée, 2006.

Ouvrages d'Higuchi Yoichi sur l'individualisme en japonais

On pourra trouver de nombreux livres différents traitant directement ou directement de ce thème. Le plus important est probablement « 憲法という作為 », car il est à la fois le plus récent et celui qui revient de façon la plus précise sur son cheminement académique.

● 樋口陽一、『憲法という作為—「人」と「市民」の連関と緊張』、岩波書店、2009 年。Higuchi Yoichi, *La constitution comme une construction – tensions et relations de « l'homme » et du « citoyen »*, Iwanamishoten, 2009.

● 樋口陽一「学説の「一貫」と「転換」—「学説と環境」再論」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男『国家と自由・再論』日本評論社、2012 年、1-13 頁。Higuchi Yoichi, « “Cohérence” et “revirement” d'une doctrine – revisite de “Doctrine et contexte” », Nihonhyoronsha, 2012.

● 樋口陽一『権力・個人・憲法学—フランス憲法研究』学陽書房、1989 年。Higuchi Yoichi, *Pouvoir, individu, droit constitutionnel — Étude des Constitutions françaises*, 1989.

● 樋口陽一『加藤周一と丸山眞男 - 日本近代の〈知〉と〈個人〉』平凡社、2014 年。Higuchi Yoichi, *Kato Shuichi et Maruyama Masao — « l'individu » et le « savoir » dans le Japon moderne*, 2014. (Je n'ai fait qu'effleurer l'influence de Maruyama et Kato sur Higuchi : cet ouvrage en

¹¹⁵ Higuchi Yoichi, op.cit., 2001, p.243.

parle directement, et le locuteur en est celui qui est directement concerné. Ce serait le sujet d'un autre article).

Ouvrages de Durkheim sur l'individualisme

L'ensemble de l'œuvre de Durkheim traite de l'individu, mais ses Leçons de sociologie me semblent constituer le texte le plus complet, car il traite directement de la question de la morale, qui plus est de façon très didactique puisqu'il s'agit d'un cours.

- Émile Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF : Quadrige, 6e édition, 2015.

- Émile Durkheim, *Textes 3 — fonctions sociales et institutions*, Les éditions de minuit, Collection le « sens commun », 2016.

- Émile Durkheim, *Sociologie et philosophie*, PUF : Quadrige, 5^e édition 2014.

- Émile Durkheim, « L'individualisme et les intellectuels. » (1898), « Les classiques des sciences sociales » Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi Site web :

<http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>

- Émile Durkheim, Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie, Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi Site web : <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>, 1966.

Articles d'analyses traitant de l'individualisme durkheimien

- Gautier Claude, « Corporation, société et démocratie chez Durkheim ». In: Revue française de science politique, 44e année, n° 5, 1994. pp. 836-855

(http://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1994_num_44_5_394866)

- Pierre Birnbaum, « La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires », In : Revue française de sociologie, 1976, 17-2. À propos de Durkheim. pp. 247-258 ;

http://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1976_num_17_2_5654.

- Hans-Peter Müller Traducteur : Didier Renault, « Société, morale et individualisme : la théorie morale d'Émile Durkheim », Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme, Édition électronique : URL : <http://trivium.revues.org/4490> ISSN : 1963-1820.

- Louis Dumont, *Essai sur l'individualisme*, Éditions du Seuil, 1983.

Articles d'analyses sur l'individualisme chez Higuchi

- 山元一 『〈「自由」の共和国〉の憲法思想—70年代主権論争そしてその後』石川健治編著『学問／政治／憲法 一連環と緊張』岩波書店、2014。Yamamoto Hajime, « Pensée constitutionnelle de la “ République de la liberté ” – le débat sur la souveraineté des années 70, pendant et après », 2014.

L'AUTONOMIE ET L'ALLÉGEANCE DES SALARIÉS À PROPOS DE LA GOUVERNANCE PAR LES NOMBRES D'ALAIN SUPIOT

Shinji KOJIMA*

La réflexion qui va suivre propose de faire le compte rendu d'un livre d'Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres* (2015). Son objet principal est le paradoxe de la subordination provenant de l'autonomie élargie des salariés dans la société post-industrielle. Loin est l'époque représentée dans le film *Les Temps Modernes* (1936) de Charles Chaplin, satire du travail à la chaîne mettant en lumière la nécessité du droit du travail classique, car aujourd'hui la législation ou la jurisprudence sont les gardiennes des libertés des salariés. Pourtant, une nouvelle subordination provient de cette autonomie élargie des travailleurs. Notre question porte ainsi sur la raison de cette évolution.

Nous souhaitons d'abord indiquer l'actualité du sujet pour mettre en lumière l'importance de cette question. Dans son article du *Monde diplomatique* d'octobre 2017, Supiot aborde le devenir du droit du travail dans une société allant vers la robotisation. « La révolution informatique, selon lui, offre une chance de conférer à tous les travailleurs une certaine autonomie, en même temps qu'un risque de les soumettre tous – y compris les indépendants, les cadres ou les professions intellectuelles – à des formes aggravées de déshumanisation de leur travail¹ ». La robotisation étend la sphère d'activité autonome des travailleurs, mais elle cause une nouvelle subordination en même temps.

Cette analyse est très intéressante. Au Japon également, certains juristes abordent une question semblable en faisant de la dépendance économique le

* Professeur à l'Université de Tokyo.

¹ Alain Supiot, « Et si l'on refondait le droit du travail... », *Le Monde diplomatique*, octobre 2017, p. 22.

critère du contrat de travail. Selon Shinya Ouchi, un salariat sans subordination juridique est l'idéal en matière de droit du travail ; cependant, la révolution informatique laissera certains travailleurs, juridiquement indépendants, mais économiquement encore en état de subordination².

À première vue, Ouchi fait remarquer la même chose que Supiot, mais il reste une grande différence entre ces deux auteurs. La mutation technique, selon Supiot, peut tout aussi bien aggraver la subordination que permettre l'établissement d'un régime de travail indépendant. Une nouvelle subordination paradoxale dérive de l'autonomie dans le domaine du droit du travail. Par contre, Ouchi n'y trouve pas de paradoxe. Sans doute, il s'inquiète de l'insuffisance possible de l'indépendance des salariés³, mais il n'y reconnaît aucun paradoxe. C'est ainsi que notre question, comme mentionné précédemment, est de savoir pourquoi une nouvelle subordination des salariés provient de l'autonomie élargie chez Supiot.

Nous voudrions d'abord résumer la thèse du Supiot et ensuite préciser la question en prenant comme exemple la difficulté de la protection de la vie privée des salariés, avant d'aborder la question en comparant son raisonnement avec une autre logique de l'État social. Notre conclusion est que le facteur décisif consiste dans l'inquiétude de Supiot sur l'immobilisation possible de la subordination dans le régime de la « Gouvernance par les nombres ».

I. UNE NOUVELLE FORME D'ALLÈGEANCE

Nous allons dans cette section résumer la description de la « Gouvernance par les nombres » dans le domaine du droit du travail, en suivant les œuvres de Supiot. Dans la société industrielle, l'ouvrier était privé de l'expérience proprement humaine du travail. Le droit du travail prenait alors pour cible cette réification du travail humain. Il s'agissait de « compenser une aliénation au travail jugée inévitable pour le plus grand nombre⁴ ». Cette organisation taylorienne du travail, dont la qualification par Ernst Jünger est la « mobilisation totale⁵ », n'a nullement disparue, surtout hors du monde occidental.

Cependant, la « Gouvernance par les nombres » n'est pas ce travail

² Shinya Ouchi, *Le droit du travail après la robotisation* (Kobundo, 2017) [en japonais].

³ Ouchi, *op. cit.*, p. 186-190.

⁴ Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)* (Paris : Fayard, 2015), p. 335.

⁵ Ernst Jünger, « La mobilisation totale », in *Le soldat du travail : guerre, fascisme et taylorisme* (Paris : Recherches, 1978), p. 42.

subordonné dans la société industrielle, mais celui dans la société post-industrielle. Aujourd'hui, dans l'État occidental, les travailleurs ne sont pas des rouages obéissant mécaniquement aux ordres des employeurs. L'opposition entre les dirigeants et les dirigés tend désormais à disparaître. Les employeurs ne dirigent pas par ordres mais seulement par objectifs. Cette direction par objectifs exige des travailleurs une autre capacité que d'obéir : la « capacité de réagir en temps réel aux signaux qui leur parviennent pour réaliser les objectifs assignés par le programme⁶ ».

La procédure d'évaluation des salariés est significative de cette nouvelle structure de la Gouvernance par les nombres. La fixation des objectifs et l'évaluation de leur réalisation relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. Par contre, les méthodes et techniques d'évaluation doivent avoir été portées à la connaissance des salariés (L.1222-3 du Code du travail), et les objectifs définis « doivent être raisonnables et compatibles avec le marché⁷ ». Cette procédure confère aux salariés une certaine autonomie pour décider du moyen d'atteindre les objectifs, mais cette autonomie est une « autonomie programmée inhérente à la direction par objectifs⁸ ».

Il en est de même de la situation des dirigeants et des indépendants. Pour eux aussi, leur performance est évaluée par les actionnaires et les parties prenantes. La distinction traditionnelle entre les indépendants et les salariés est désormais nuancée dans la société post-industrielle. L'organisation du travail post-industriel repose ainsi sur la « programmation de tous⁹ ».

Supiot a qualifié déjà en 2000 cette relation de la Gouvernance par les nombres de « lien d'allégeance qui évoque la vassalité féodale », parce qu'il est « noué à plus ou moins long terme, qui ne fait pas perdre au vassal sa qualité d'homme libre, mais l'oblige à user de cette liberté au service des intérêts de son suzerain¹⁰ ». Cette structure des « liens d'allégeance » est désormais omniprésente, non seulement dans des relations entre les travailleurs et les entreprises, mais aussi celle entre ces entreprises et d'autres¹¹. Ce marché « total¹² » qui exploite toutes les ressources humaines est la véritable forme de ladite « mobilisation totale ». Nous nous intéressons au raisonnement logique de ce lien d'allégeance provenant de

⁶ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 355.

⁷ Cass. soc. 30 mars 1999, n° 97-41028, *Bull. civ. V*, n° 143 ; Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 06-46208, *Bull. civ. V*, n° 12.

⁸ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 367.

⁹ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 339.

¹⁰ Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p. 139.

¹¹ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 385 et s.

¹² Supiot, *L'esprit de Philadelphie* (Paris : Seuil, 2010), p. 61.

l'autonomie élargie chez Supiot.

Nous voudrions souligner à présent une nuance importante. La thèse de Supiot comprend la prévision de la transformation du travail dans le futur. Cependant, la probabilité de cette prévision ne nous intéresse pas.

Nous ne sommes pas en mesure d'aborder l'opportunité de la proposition de Supiot sur le régime de travail. En effet, le rapport Supiot, intitulé *Au-delà de l'emploi*, datant de 1999, dont la nouvelle édition avec un diagnostic sur la situation actuelle a paru en 2016, a proposé une orientation possible des « quatre cercles du droit social¹³ ». Ce rapport préconisait de positionner au centre le régime du travail subordonné, et à l'extérieur de celui-ci le droit du travail indépendant et le droit du travail bénévole. C'est-à-dire que sa proposition, en se situant à l'inverse du principe de la *flexicurité*, une orientation dominante au niveau européen et français depuis 2007, maintient le droit du travail classique avec diverses gradations qui correspondent à la mutation des formes du travail. Pourtant, il ne s'agit pas dans notre article de débattre de la pertinence de cette proposition.

II. EXEMPLE : LA PROTECTION DE LA « VIE PERSONNELLE » DES SALARIÉS

Pour préciser notre intérêt, cette deuxième section donnera un exemple concret de ce raisonnement de Supiot : la protection de la « vie personnelle » du salarié. La notion de la « vie personnelle » du salarié est employée en jurisprudence française depuis 1997. Dans son arrêt *Arnoux*, la Cour de cassation a décidé que « les agissements du salarié dans la vie personnelle n[e sont] pas constitutifs d'une cause de licenciement », exception faite des fautes professionnelles et du comportement agressif d'un surveillant d'immeuble envers une autre locataire pour un problème de voisinage¹⁴. Depuis, cette notion a été expressément consacrée par d'autres jurisprudences¹⁵ et plusieurs manuels du droit du travail¹⁶.

Pourquoi cette notion de la « vie personnelle » est-elle employée ? La première raison est, selon Philippe Waquet, Doyen honoraire de la Cour de cassation, que la vie privée proprement dite ne protège que l'intimité de

¹³ Supiot, *Au-delà de l'emploi* (Paris : Flammarion, 1999), p. 88-90 ; nouv. éd. (2016), p. 81-83.

¹⁴ Cass. soc. 14 mai 1997, *Arnoux*, n° 94-45473, *Bull. civ. V*, n° 175.

¹⁵ Cass. soc. 16 décembre 1997, n° 95-41326, *Bull. civ. V*, n° 441 ; Cass. soc. 22 janvier 1998, n° 95-42616 ; Cass. soc. 10 mars 1998, n° 95-42715, *Bull. civ. V*, n° 123.

¹⁶ Gilles Auzero *et al.*, *Droit du travail*, 31^e éd. (Paris : Dalloz, 2018), n°s 700-6, 793 ; Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail : droit vivant*, 26^e éd. (Paris : Wolters Kluwer, 2017), n°s 471-2.

l'individu¹⁷. Par exemple, le fait de circuler avec une voiture d'une marque déterminée¹⁸ ne se rattache pas à la vie privée, mais plutôt à la vie publique. Pourtant, ce fait ne peut pas être qualifié de faute professionnelle pour justifier un licenciement¹⁹. La vie privée semble être une notion qui ne serait pas suffisamment large.

Mais alors, pourquoi la « vie personnelle » est-elle préférée à la « vie extra-professionnelle » qui a été déjà élaborée par Michel Despax²⁰ ? Toujours selon Waquet, c'est parce que « l'autonomie du salarié doit être aussi protégée dans l'entreprise, ce que ne permet pas la référence à la seule vie extra-professionnelle²¹ ». La qualification d'« extra-professionnelle » ne correspondrait pas à la sphère de protection de ce droit de personnalité.

Pourtant, Supiot critique sévèrement la distinction entre la « vie personnelle » et la vie professionnelle. Cette distinction qui refoulerait l'aspect personnel du travailleur dans la vie professionnelle, selon lui, reste dominée par la vision taylorienne²². Cette critique est partagée par un autre auteur du droit du travail²³.

Cependant, à mon sens, cette critique n'est pas suffisamment claire. Waquet, qui préconise la notion de « vie personnelle », avoue également que cette notion est difficile à cerner. C'est pourquoi il préfère cette notion à la vie privée et à la vie extra-professionnelle. Waquet admet aussi que le salarié réalise sa personne même au temps et au lieu du travail. Par conséquent, la critique par Supiot à l'égard de la jurisprudence manque sa cible.

Pourtant, la vision de Supiot est intelligible en tant que cette critique cible l'éloge de la jurisprudence par Waquet. Waquet dit : « Pour équilibrer cette relation de travail, juridiquement subordonnée et économiquement inégale, le juge a cherché depuis longtemps à assurer une protection minimale de la liberté du salarié et, à cet effet, à lui garantir une autonomie par rapport à son employeur et l'entreprise où il travaille (...) a définition récente d'une "vie personnelle" du salarié n'est que l'aboutissement de cet effort prétorien²⁴ ».

Une critique contre cet éloge est visible dans le raisonnement suivant de Supiot : « En revanche, remarque-t-il, l'emprise sur la personne du salarié

¹⁷ Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *Les cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1994, p. 289.

¹⁸ Cass. soc. 22 janvier 1992, n°90-42517, *Bull. civ. V*, n° 30.

¹⁹ Jean Savatier, « La protection de la vie privée des salariés », *Droit social*, 1992, p. 329.

²⁰ Michel Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G*, 1963, I, 1776

²¹ Waquet, « La vie personnelle du salarié », *Droit social*, 2004, p. 25.

²² Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 133, spéc. note 11.

²³ Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 10^e éd. (Paris : LGDJ, 2016), n° 547.

²⁴ Waquet, « La vie personnelle du salarié », *op. cit.*, p. 23.

est considérablement renforcée par la direction par objectifs (...) La déstabilisation des cadres spatio-temporels d'exécution du travail et l'autonomie programmée inhérente à la direction par objectifs conduisent, non à une réduction, mais à un accroissement de l'engagement de la personne du salarié²⁵ ». Supiot ne critique pas la jurisprudence elle-même mais son optimisme sur la protection de la vie personnelle des salariés. Nous pouvons ici percevoir le paradoxe de la « Gouvernance par les nombres ». Plus le salarié est autonome juridiquement et formellement, plus il est subordonné factuellement et matériellement.

III. COMPARAISON AVEC L'ÉTAT PROVIDENCE DE FRANÇOIS EWALD

Nous revenons à la question de savoir pourquoi le lien d'allégeance par la « Gouvernance par les nombres » dérive de l'autonomie élargie. Cette troisième section abordera cette question en la comparant avec la thèse de François Ewald sur la naissance de l'État providence. Puisque Ewald est connu comme ancien assistant de Michel Foucault, cette comparaison nous permet de comprendre mieux la critique sévère par Supiot contre l'« étonnant appauvrissement » de la vision du droit de Foucault²⁶.

À première vue, les questionnements de Supiot et d'Ewald sont pareils. Supiot considère la « société assurantielle » décrite par Ewald comme une forme de la « Gouvernance par les nombres »²⁷. Supiot dans sa *Critique du droit du travail* de 1994, emploie la notion de « norme »²⁸, le même concept que celui d'Ewald²⁹.

La justice dans la société assurantielle, selon Ewald, est différente de celle du droit naturel moderne. Dans la société moderne, l'objectivité de la nature des choses est perdue. La règle de droit, basée sur une volonté abstraite, peut servir de substitut à cette référence objective. Mais, dans l'État providence depuis le XIX^e siècle, nous ne pouvons plus maintenir cette fiction moderne sur l'égalité formelle parmi les hommes. Le vocabulaire utilisé dans la société assurantielle est plutôt similaire aux notions du droit naturel classique. Par exemple, le salaire minimum et la possibilité d'une rescision des contrats seraient des applications de la théorie ancienne du juste prix. Et la Sécurité sociale serait un moyen de réaliser une

²⁵ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 367.

²⁶ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 177.

²⁷ Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 151.

²⁸ Supiot, *Critique du droit du travail* (Paris : PUF, 1994), spéc. p. 217.

²⁹ François Ewald, *L'État providence* (Paris : Grasset, 1986), p. 583.

justice distributive dans une société.

Pourtant, toujours selon Ewald, cette apparence est trompeuse. Tandis que, d'une part, le vocabulaire du droit naturel classique s'articule autour de la conception de la nature hiérarchisée et finalisée, la norme dans l'État providence, d'autre part, ne se réfère pas à autre chose qu'elle-même. La référence de la justice sociale est « un processus indéfini d'affranchissement » de la nature stable³⁰.

C'est la thèse d'Ewald, mais il en est de même de la « Gouvernance par les nombres » de Supiot. Dans le régime de la direction par objectifs résumé par la première section du cet article, les dirigés aussi bien que les dirigeants sont programmés par un objectif. Son vocabulaire « lien d'allégeance » également nous rappelle un retour de la société médiévale. Cependant, ce n'est pas juste. Cet objectif s'articule seulement sur l'intérêt économique de chaque partie. Il n'y a pas de référence extérieure comme le « bien commun ». C'est ainsi que nous avons remarqué que les questionnements des deux auteurs, à *première vue*, sont semblables.

Pourtant, Supiot s'inquiète plus sérieusement du devenir de la « Gouvernance par les nombres », c'est-à-dire de la nouvelle forme de subordination causée par l'autonomie. Pourquoi ? Quant à Ewald, il pense que « [l]es normes sont toujours plurielles. L'idée d'une norme unique est contradictoire³¹ ». De ce point de vue, les objectifs pour les travailleurs sont, *par définition*, toujours instables et diversifiés. Pourtant, selon Supiot, *en réalité*, la pratique de la « Gouvernance par les nombres » conduit à une impasse de « la focalisation sur un objectif unique – qu'il s'agisse de la bibliométrie pour le chercheur, de la création de valeur pour l'actionnaire ou de la réduction du déficit public au-dessous de la barre des 3 % du PIB pour les États, etc.³² » Nous pensons que cette réduction pratique des objectifs diverses à l'objectif unique, autrement dit, l'immobilisation de la subordination, est la raison pour laquelle la « Gouvernance par les nombres » est périlleuse pour l'autonomie des individus.

La critique de Supiot à l'égard de François Ewald qui a pour cible une réalité de la subordination immobilisée des individus, nous permet de repenser à la question classique de la subordination volontaire des citoyens dans la société démocratique³³, posée par Alexis de Tocqueville³⁴ et

³⁰ Ewald, *op. cit.*, p. 579.

³¹ Ewald, *op. cit.*, p. 593.

³² Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 219.

³³ La différence entre Supiot et Jacky Fayolle [« À propos du gouvernement par les nombres, pour une articulation de la raison juridique et de la raison statistique », *Droit et Société*, 2018, p. 218-222] consiste également en leur réponse à cette question empirique : Supiot pense que

Prévost-Paradol³⁵. Par conséquent, nous pourrions dire que la question posée par Supiot peut être regardée comme une répétition du sujet classique encore important pour la société contemporaine.

l'allégeance se répand même entre le pouvoir et le statisticien, tandis que Fayolle considère que les statisticiens n'adhèrent pas facilement au pouvoir.

³⁴ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 2 (Paris : GF-Flammarion, 1981), p. 324.

³⁵ Lucien-Anatole Prévost-Paradol, *La France nouvelle* (Paris : Michel Lévy Frères, 1868), p. 28-29.

L'ÉVOLUTION DES DROITS FONDAMENTAUX LIÉS À L'ENVIRONNEMENT ÉTUDE COMPARÉE*

Marie-Anne COHENDET**

Dans les années quatre-vingt, j'avais envisagé de faire une thèse sur le sujet « démocratie et environnement », mais les professeurs à l'époque craignaient que ce thème soit peu porteur. Après avoir beaucoup étudié le droit de l'environnement dès cette époque, j'ai également consacré un certain temps à l'étude du droit constitutionnel¹. Je fus ensuite invitée par Michel Prieur et le Centre International de Droit Comparé de l'Environnement au sommet de la terre à Rio, en 1992, pour étudier le droit de l'homme à un environnement sain et équilibré. Aujourd'hui la question des droits fondamentaux liés à l'environnement est devenue centrale. La semaine dernière j'ai organisé un important colloque international sur le Droit constitutionnel de l'environnement, et le lendemain nous étions invités à un colloque à l'Assemblée Nationale sur la question de savoir s'il fallait perfectionner les droits liés à l'environnement dans notre constitution, et y introduire la lutte contre les changements climatiques, à l'occasion de l'actuelle révision constitutionnelle.

A l'heure où les changements climatiques d'origine humaine sont avérés, où les phénomènes climatiques extrêmes se multiplient, où les physiciens soulignent que le réchauffement climatique pourrait atteindre jusqu'à 6 degrés

* Marie-Anne Cohendet remercie très chaleureusement les organisateurs de ce colloque et souligne combien elle est honorée et heureuse de se trouver ici, au milieu d'éminents collègues, pour échanger sur des sujets passionnants et pour apprendre sur le droit japonais.

** Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directrice de l'Ecole doctorale de droit, département Droit public et droit fiscal.

¹ Cf. not. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, éd. LGDJ, coll. Cours, 3ème éd. 2017.

d'ici la fin du siècle (donc quand nos enfants seront vieux) et où de nombreux problèmes environnementaux se posent, depuis l'intoxication de bon nombre de nos aliments, jusqu'à la transformation de nos petites filles en femmes dès l'âge de 8 ans le juriste ne saurait évidemment prétendre régler tous ces problèmes par un coup de « baguette magique constitutionnelle ». Cependant il a sa part de responsabilité dans une lutte contre ces phénomènes dangereux qui doit impliquer chacun de nous. J'entends déjà certains collègues penser que la science du droit doit être objective et que nous ne saurions donc militer en faveur du droit de l'environnement. Mais l'objectivité ne signifie ni l'aveuglement, ni la lâcheté du refuge dans l'inaction. Il n'appartient pas aux constitutionnalistes de dicter leur politique au peuple ou aux politiques, mais il leur appartient de leur indiquer quels instruments constitutionnels peuvent être mobilisés utilement s'ils font le choix d'un combat pour la protection de l'environnement. Les droits reconnus dans les constitutions sont fondamentaux à la fois d'un point de vue formel et d'un point de vue matériel. C'est bien parce que le peuple les considère comme étant au fondement de la société, comme étant essentiels pour la société, qu'il fait le choix de les placer dans la Constitution. Nous allons observer l'éclosion des droits fondamentaux liés à l'environnement dans la constitution d'un très grand nombre d'Etats sur la planète, éclosion qui est très liée à la reconnaissance croissante de ces droits dans d'autres supports formels, comme les conventions internationales. Nous observerons ensuite le contenu de ces droits fondamentaux liés à l'environnement puis leur application par les pouvoirs publics et par les juges.

I. L'EXPANSION DES DROITS LIÉS À L'ENVIRONNEMENT DANS LES CONSTITUTIONS

Alors que la notion d'environnement était absente des constitutions jusqu'aux années soixante-dix, en 2015, 147 Etats (sur 193) disposaient de normes constitutionnelles relatives à l'environnement ! Pourquoi et comment, en quelques décennies, ces droits se sont-ils développés dans la plupart des constitutions de la planète ? Les grands accidents écologiques, les analyses scientifiques², et leur diffusion par les médias, le cinéma (notamment au cinéma par exemple avec le film soleil vert) et l'action des associations notamment, ont conduit à ce que dès les années soixante-dix, presque tous les Etats qui révisaient leur constitution y ont introduit des normes relatives à

² Dont les premières remontent aux années cinquante mais qui se développent surtout à partir des années soixante-dix.

l'environnement³. Cependant, les états qui n'ont pas révisé leur constitution, par exemple parce qu'elle est très difficile à réviser, comme les Etats Fédéraux, n'ont donc toujours pas de telles normes dans leur texte constitutionnel. Ainsi, les Etats-Unis, dont plusieurs Etats-membres ont des constitutions qui contiennent des normes environnementales, ont une constitution fédérale qui est toujours muette sur ce sujet, de même que le Canada par exemple. Dans certains cas, la Constitution n'a pas été révisée, mais les juges ont tempéré cette carence en donnant une interprétation environnementale de la Constitution, par exemple en Italie.

Cette dynamique constitutionnelle a aussi été très favorisée dès les premières années, par l'émergence du droit international de l'environnement. La Conférence de Stockholm, en 1972, dans laquelle est notamment affirmé pour la première fois le droit de l'homme à un environnement sain, joue un rôle moteur dans ce mouvement, même s'il s'agit d'une simple déclaration dépourvue de valeur impérative. On constate ensuite un mouvement de boule de neige entre le droit constitutionnel et le droit international de l'environnement. Noberto Bobbio aurait sans doute été ravi d'observer ce phénomène qui reproduit si bien la dynamique qu'il avait décrite entre légitimité, validité et effectivité. Dès lors que le droit international affirme ces droits, les Etats estiment qu'ils sont légitimes et les inscrivent dans leur constitution. Ensuite, comme la constitutionnalisation de ces droits reflète et renforce leur effectivité et leur légitimité, le droit international les consacre encore plus, ce qui favorise à nouveau leur constitutionnalisation. Ainsi, David Boyd observe une nette augmentation du nombre de constitutions reconnaissant de tels droits après le sommet de la terre à Rio en 1992 (où pourtant, là encore on est en présence d'une simple déclaration internationale). De plus, la déclaration de Rio en 1992 a favorisé l'interprétation environmentaliste de la Convention Européenne des droits de l'homme et donc la reconnaissance du droit de l'homme à un environnement sain sur le fondement des articles 8 puis 2 de cette convention européenne par la Cour Européenne des droits de l'homme. Ensuite, les Etats, voyant que le droit européen des droits de l'homme reconnaissait ces droits fondamentaux environnementaux et que les juges de la Cour EDH pouvaient les sanctionner s'ils ne les respectaient pas, ont bien souvent modifié leur constitution pour y intégrer ces droits. En France, l'importance de la jurisprudence de la CEDH sur les obligations des Etats en matière de droit de l'homme à un environnement sain a sûrement joué un rôle important pour conduire à la constitutionnalisation de ce droit dans la Charte de l'environnement de 2004,

³ Cf. M. Prieur, J. Bétaille, M.-A. Cohendet, H. Delzangles, J. Makowiak et P. Steichen, « Droit de l'environnement », 7ème éd. 2016, p. 86 s.

intégrée à la Constitution en 2005. Sans doute, en France dès les années soixante-dix, des hommes politiques et des auteurs avaient souhaité la constitutionnalisation de ces droits, mais elle n'avait pas été possible jusqu'alors.

Cependant, toutes les normes environnementales contenues dans les constitutions ou dans la jurisprudence des cours constitutionnelles énoncent-elles en elles-mêmes des droits fondamentaux ?

C'est ce qu'il convient de se demander en étudiant le contenu de ces normes.

II. LE CONTENU DES DROITS FONDAMENTAUX LIÉS À L'ENVIRONNEMENT

Rappelons pour mémoire que des droits et libertés fondamentaux tout à fait classiques peuvent parfaitement être interprétés et appliqués en matière environnementale. Ainsi, aux termes de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...) », donc toutes les nuisances (et notamment les pollutions) sont *a priori* contraires à ce droit fondamental. Il en va de même pour le droit de propriété, qui est affecté en cas de pollution ou en cas de montée du niveau de la mer qui submerge des terres (problème qui risque d'être important au Japon). De même, la dignité ou le droit à la vie (voir la jurisprudence de la CEDH et les actions des femmes en Suisse) ou le droit à une vie familiale normale (Cf. CEDH) ou le droit au repos (Préambule de la Constitution de 1946) peuvent être affectés par des atteintes à l'environnement. Il en va de ainsi aussi pour le droit à la protection de la santé, qui peut avoir été reconnu avant les droits environnementaux, comme en France dans le préambule de 1946 et/ou être affirmé en lien avec des dispositions environnementales.

Il s'agit surtout ici d'étudier les dispositions constitutionnelles visant explicitement l'environnement et/ou certains de ses éléments. L'importance quantitative des dispositions relatives à l'environnement est très variable. Dans certains pays, seuls quelques mots concernent l'environnement. Dans d'autres cas, ce sont des dispositions assez substantielles et détaillées qui sont consacrées à l'environnement, dans le préambule et/ou dans les articles de la Constitution.

Parmi les normes constitutionnelles relatives à l'environnement, certaines sont relatives au droit constitutionnel institutionnel, notamment à la répartition horizontale et verticale des compétences, et d'autres énoncent directement des droits, libertés, et/ou principes relatifs à l'environnement.

Les normes secondaires (pour reprendre la typologie de Hart), à savoir

les normes d'habilitation, peuvent paraître ne pas consacrer de droits fondamentaux. Par exemple, lorsque la Constitution française dispose que « la loi est votée par le Parlement », on peut avoir l'impression que cela ne crée aucun droit. Cependant, une telle disposition crée pour chacun de nous un droit à ce que la loi ne soit votée que par le Parlement (à l'exclusion du pouvoir réglementaire), du fait que le Parlement représente le peuple et par conséquent devrait être un meilleur garant de nos droits que le pouvoir réglementaire. Ainsi, la Charte de l'environnement en France contient plusieurs dispositions qui renvoient au législateur le soin de préciser les modalités d'application de telles dispositions. Les droits reconnus par ces articles s'imposent à tous, mais seul le législateur peut en délimiter, en restreindre l'application. De même, les normes relatives à la séparation verticale des pouvoirs entre l'Etat et les collectivités locales en matière d'environnement créent de tels droits. En Algérie, par exemple, c'est le législateur qui est compétent pour intervenir en matière d'environnement (Titre II, chap. II, art. 122 (19)-(25)). En Autriche, la législation et la réglementation dans un certain nombre de domaines comme la forêt ou l'eau, sont des compétences fédérales (ch. 1, par. A, art. 10 (1))

Les normes primaires relatives à l'environnement sont bien plus facilement identifiables comme étant des droits fondamentaux. Il peut s'agir de droits procéduraux ou de droits substantiels.

Les droits procéduraux ont eux aussi été très influencés par le droit international, et notamment par la Convention d'Aarhus de 1998, qui affirme en particulier le droit à l'information, à la participation et à l'accès à la justice en matière environnementale. Ainsi, l'article 7 de la Charte de l'environnement affirme que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par des autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Le fait que les Etats craignent de voir les instances de cette convention les mettre au pilori a notamment incité la France à modifier un certain nombre de lois et règlements pour permettre l'information et la participation du public en matière environnementale. 51 Etats reconnaissent un ou plusieurs de ces droits procéduraux⁴

Parmi les droits substantiels, le plus central dans ce domaine est le droit de l'homme à un environnement sain. Il fut affirmé dans les déclarations de Stockholm en 1972, puis de Rio en 1992, et on le trouve aujourd'hui dans de nombreuses constitutions, parmi lesquelles la France. L'article 1 de notre

⁴ J. May et E. Daly, op. Préc., annexes.

Charte de l'environnement - qui fait pleinement partie de la Constitution - dispose que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé ». J. May et E. Daly ont recensé 76 pays qui reconnaissent explicitement un droit individuel à un environnement de qualité.

Les autres droits ont essentiellement pour raison d'être d'assurer l'effectivité de ce droit premier.

Notons que ce droit et/ou plusieurs autres droits sont souvent assortis de devoirs. Dans bon nombre de constitutions, l'Etat (essentiellement en Tunisie) et/ou d'autres personnes publiques, et/ou privées, ont le devoir de protéger l'environnement. Ainsi, selon l'article 2 de notre Charte de l'environnement : « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à la l'amélioration de l'environnement », et aux termes de l'article 3, « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences », et enfin selon l'article 4, « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ». Des devoirs environnementaux individuels et des responsabilités ont ainsi été recensés dans 68 Etats, et des devoirs des Etats en matière d'environnement dans 108 Etats⁵. Dans 13 autres cas (alternatifs ou cumulatifs) des directives sont données en matière d'environnement, par exemple pour protéger l'eau ou les forêts.

Les grands principes du droit de l'environnement sont inscrits dans certaines constitutions, comme le principe pollueur-payeur ou le principe de précaution. Ce dernier a fait l'objet de très vives critiques en France, alors même que la rédaction française de ce principe est moins rigoureuse que celle que l'on peut trouver dans certains textes internationaux ou européens ou dans d'autres pays. Aux termes de cet article : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Le développement durable est également évoqué dans bon nombre de constitutions. Il figure à l'article 6 de notre Charte : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». On a recensé 37 constitutions qui évoquent

⁵ J. May et E. Daly, op. Préc.

le développement durable, et 17 qui évoquent à la fois le développement durable et les générations futures⁶. Les constitutions qui évoquent les changements climatiques et la nécessité de s'y adapter et de les limiter restent assez rares, parmi elles : l'Equateur, la République dominicaine et la Tunisie.

Il existe aussi des dispositions qui peuvent paraître peu contraignantes, comme celles qui disposent que « l'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte » (art. 8) ou « La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement ».

Ces grands principes environnementaux et ces orientations sur l'éducation et la recherche sont-ils des droits fondamentaux ? Certains ont pu en douter, mais nous répondrons résolument par l'affirmative. Oui, ces principes contiennent le droit à ce que les pouvoirs publics assurent le respect du principe de précaution ou du développement durable, ou veillent à l'existence réelle et effective d'un enseignement et d'une recherche suffisants en matière d'environnement.

III. L'EFFECTIVITÉ ÉMERGENTE DE CES DROITS

Il faut bien voir que l'application des droits fondamentaux liés à l'environnement ne se résume pas à leur interprétation par le juge. La Constitution, par définition impose *a priori* à toutes les personnes, donc aux particuliers comme aux pouvoirs publics, au législatif comme à l'exécutif et à tous les juges, d'assurer l'application de ces droits.

L'effectivité de ces droits varie énormément d'un pays à l'autre, en fonction de nombreux facteurs, qui peuvent être économiques (l'augmentation du prix du pétrole favorise la lutte contre le changement climatique), politiques (par exemple la constitution de la Turquie contient des droits environnementaux importants et strictement affirmés, mais qui ne sont guère appliqués), sociologiques etc...

David Boyd a observé une nette augmentation du nombre et de la qualité des lois et règlements relatifs à la protection de l'environnement dans les pays qui avaient adopté des normes constitutionnelles environnementales.

Il a aussi constaté que dans pratiquement tous les pays l'adoption et ensuite l'application de ces droits fondamentaux liés à l'environnement se heurtait à des réticences : ils seraient trop vagues, imprécis, trop difficiles à

⁶ J. May et E. Daly, op. Préc., annexes.

mettre en œuvre, ce ne seraient pas de véritables normes, mais de simples objectifs de valeur constitutionnelle, ils ne seraient pas justiciables. Mais chacun de ces arguments peut aisément être surmonté, comme certains juges l'ont montré.

L'application de ces normes par les juges varie beaucoup selon leur formulation et selon les pays. Ainsi, dans certains Etats des Etats-Unis les juges sont très protecteurs de l'environnement et tirent des conséquences réelles de ces droits, alors que dans d'autres ils sont beaucoup plus réticents.

En France, par exemple, tous les juges font application de la Charte de l'environnement, qu'il s'agisse du juge administratif, du juge judiciaire ou du juge constitutionnel. Cependant, cette application reste encore très limitée.

Le Conseil constitutionnel, par exemple, a justement reconnu la pleine valeur constitutionnelle de la Charte et le fait qu'elle contient des droits et libertés. Dans le cadre du Contentieux *a priori*, elle a admis, implicitement ou explicitement, l'invocabilité de tous les articles et même des considérants de la Charte.

En revanche, dans le cadre du contentieux *a posteriori*, par la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, il a refusé de reconnaître les considérants de la Charte et l'article 6 comme étant des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette posture est très contestable, comme l'a fort justement observé Véronique Champeil-Desplats.

L'application de la Charte reste aujourd'hui décevante, mais elle n'est pas inutile pour autant. Ainsi, les lois et règlements relatifs à l'information et la participation en matière d'environnement ont été nettement améliorés. De même, lorsque le juge fait une application d'autres droits, il doit les concilier avec les droits environnementaux. Par exemple, le Conseil constitutionnel a estimé que la loi interdisant l'exploitation des gaz de schiste par fracturation hydraulique était conforme à la Constitution, même si elle imposait une restriction à la liberté d'entreprendre.

Même si l'existence de ces droits dans les constitutions ne suffit évidemment pas à garantir à chacun de nous un environnement sain et équilibré, du moins elle peut y contribuer de manière croissante dans les années à venir. David Boyd a même observé une corrélation extrêmement forte entre l'existence de dispositions constitutionnelles relatives à l'environnement et la réduction des émissions de gaz à effet de serre !

LES ANARCHISTES FRANÇAIS ET LA CRITIQUE DE LA DÉMOCRATIE

Jean-Louis HALPÉRIN*

Quel rapport y a-t-il entre les opinions publiques fluctuantes face à la démocratie contemporaine et les anarchistes français du XIX^e siècle ? N'y a-t-il pas un risque d'anachronisme ou de paralogisme à évoquer la propagande par le fait et les attentats à la bombe des anarchistes sous la Troisième République alors que des attaques terroristes menacent les personnes et les États dans un tout autre contexte ?

En droit, comme en science politique, nous croyons toujours utile de revenir à des textes anciens, surtout quand ils sont maintenus vivaces par des références répétées, pour examiner les points de contact, de ressemblance et de différence avec nos problématiques actuelles. Il suffit de consulter quelques sites web¹, où s'expriment aujourd'hui des anarchistes français pour retrouver les phrases de Proudhon dans *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840, éd. 1849, p. 237) : « Eh bien, vous êtes démocrate ? – non... qu'êtes-vous donc ? Je suis anarchiste ». Les arguments critiques des anarchistes français de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle à l'égard du parlementarisme de la Troisième République sont encore invoqués aujourd'hui et peuvent être utilisés dans des appels à l'abstention lors des élections, ou dans des mobilisations qui ne craignent pas de s'affirmer minoritaires. Est-ce un hasard que les termes d'« Indignés » ou d'« Insurgés » aient été utilisés par des groupes anarchistes français des années 1880² ?

* Professeur de droit, École normale supérieure - PSL.

¹ cecinestpaslademocratie.org/?tri=histoire ; « démocratie directe où anarchie », 4 mai 2016 sur www.socialisme-libertaire.fr/2016/05/democratie-directe-ou-anarchie.html.

² J. Maitron, *Le mouvement anarchiste en France*, Paris, Gallimard, 1975, vol. I, p. 123.

En France, comme au Japon à la même époque avec le *Taigyaku Jiken* en 1910-1911³, les anarchistes se sont séparés des socialistes en refusant de croire aux bienfaits du suffrage universel pour changer la société. Aujourd'hui, les différents courants altermondialistes et l'apparition à la fin des années 2000 des mouvements dits « zadistes », menant la lutte sur des « zones à défendre », ravivent ces critiques anciennes de la démocratie parlementaire. C'est pourquoi nous proposons de revenir vers les argumentaires anarchistes du tournant entre le XIX^e et le XX^e siècle, avant de poser quelques questions sur les rapprochements à faire avec les justifications avancées aujourd'hui en France en faveur d'actions de lutte contre les décisions de la démocratie parlementaire.

I. Les écrits de Proudhon de l'époque de la Seconde République et du Second Empire contenaient déjà une critique du suffrage universel comme mode de désignation des représentants du peuple. Il n'y a pas de liberté, selon Proudhon, quand on confie le pouvoir de faire les lois à des mandataires (ce qui vaut aussi pour les avocats dans la défense de ses droits). « Qu'ai-je besoin de mandataires pas plus que de représentants ?... L'élection, ni le vote, même unanimes, ne résolvent rien. Depuis soixante ans que nous les pratiquons l'un et l'autre, qu'avons-nous fini ? »⁴. Proudhon n'hésitait pas à invoquer la disposition de la loi des XII Tables, « *adversus hostem aeterna auctoritas esto !* » : l'ennemi est le gouvernement, « contre le pouvoir la revendication est imprescriptible », le suffrage universel, le mandat impératif, la responsabilité des représentants, « tout cela est enfantillage ». Proudhon rejetait aussi l'idée de législation directe par le peuple (*Die direkte Gesetzgebung durch Volk* du journaliste allemand Moritz Rittinghausen, dont la première édition parue à Paris en 1850 a disparu des bibliothèques), en contestant l'idée qu'il y aurait « dans la collectivité du Peuple une pensée *sui generis* capable de représenter à la fois l'intérêt collectif et l'intérêt individuel »⁵.

Si ces réflexions de Pierre-Joseph Proudhon (mort en 1865) pouvaient s'expliquer par le contexte de l'élection de Louis-Napoléon Bonaparte comme Président de la République, puis du Second Empire avec sa pratique des candidatures officielles, elles se poursuivent sous la Troisième République juste après l'arrivée au pouvoir des républicains en 1879. Au

³ Masoko Gavin, Ben Middleton, *Japan and the High Treason Incident*, Abingdon, Routledge, 2013, p. 73 sur la préférence de Kotoku pour l'action directe plutôt que l'action électorale.

⁴ P.-J. Proudhon, *Idée générale de la législation au XIX^e siècle*, Paris, Garnier frères 1851, p. 157-158 faisant l'éloge de la Révolution de février 1848 faite par « une poignée de Démocrates », sans consulter les assemblées primaires du peuple.

⁵ *Ibid.*, p. 165-167, avec la critique du référendum avec son alternative entre le oui et non.

début des années 1880, la scission entre anarchistes et socialistes au sein des congrès ouvriers se cristallise sur la question de la participation aux élections au suffrage universel masculin. Les anarchistes prônent l'abstentionnisme et disent ne rien attendre de la politique⁶. Leurs arguments sont clairement développés par Jean Grave (1854-1939) dans son ouvrage *L'Anarchie. Son but, ses moyens* (Paris, Stock, 1899 dans la « bibliothèque sociologique »), paru après l'adoption des trois « lois scélérates » de 1893-1894 (« lois d'exception et de persécution » selon l'auteur, qui furent largement soutenues par les juristes, notamment pénalistes) destinée à réprimer les attentats et la propagande des anarchistes. Les anarchistes affirment le « dédain le plus profond » pour les politiciens, ignorants ou fourbes⁷. Ils dénoncent le bulletin de vote comme un « instrument de domination et de tromperie à l'égard des travailleurs »⁸. Les campagnes électorales sont une perte de temps, il n'y a rien à espérer de parlementaires qui représentent au mieux un « juste milieu très médiocre ». Comme chez Proudhon, aux critiques du mandat représentatif s'ajoute la remise en cause de la loi de la majorité, qui est injuste pour les travailleurs, comme pour tous « ceux qui sont en deçà ou au-delà de cette norme »⁹.

Si les élections sont un « leurre », selon Jean Grave, c'est que la République reste un État coercitif et qu'il n'y a rien à espérer d'un « bon gouvernement » ou de « bonnes législations ». « Toute loi humaine est forcément arbitraire » et devient « odieuse » par l'emploi d'un appareil coercitif, celui des juges et des policiers. Constatant que même les socialistes ont refusé de voter l'abrogation des lois scélérates, Jean Grave voit dans l'État républicain un appareil de répression, contre lequel l'action quotidienne d'une minorité résolue, en n'excluant pas le recours à la violence, est le seul moyen de « faire le vide autour d'institutions d'exploitation ». « On ne détruira ce qui existe qu'en sortant de la législation », sachant qu'une « forte opinion publique » peut « faire avorter » les textes réactionnaires votés par le Parlement¹⁰.

Il y a aussi, dans ce texte et dans l'ensemble de la propagande anarchiste, une attaque contre la « minorité d'oisifs » qui s'est emparée du pouvoir et gouverne par des lois, dans un cadre républicain qui n'effraie plus personne même parmi les plus conservateurs. « Toute la ploutocratie a intérêt à

⁶ J. Maitron, *op. cit.*, p. 105.

⁷ J. Grave, *L'Anarchie. Son but, ses moyens* (Paris, Stock, 1899 dans la « bibliothèque sociologique »), p. 16.

⁸ *Ibid.*, p. 79.

⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 85.

conserver l'étiquette de la République »¹¹ et la bourgeoisie est experte pour utiliser la République en multipliant « les sinécures de plus en plus nombreuses où se casent les siens ».

Il est remarquable que ces critiques anti-parlementaristes du « pouvoir de l'argent » et d'une législation uniforme détruisant les usages et coutumes de groupes minoritaires rejoignent celles des réactionnaires de droite qui s'opposaient aux gouvernements républicains de l'époque. Jean Grave cite Edmond Demolins¹², disciple de Le Play, qui animait le mouvement de la Science sociale à l'opposé des anarchistes sur l'échiquier politique. Zeev Sternhell avait accordé une place importante à ces convergences dans le « refus de la démocratie » entre l'extrême gauche et la droite nationaliste dans la France de la fin du XIX^e siècle¹³.

Des arguments comparables à ceux de Jean Grave se retrouvent chez Charles Malato (1857-1938, co-auteur en 1916 avec Pierre Kropotkine et Jean Grave du *Manifeste des Seize* dénonçant « l'agression allemande »). Dans sa *Philosophie de l'anarchie* (Paris, Stock, 3^e éd., 1897, la première édition est de 1888), Malato s'en prend aussi aux « soi-disant représentants » qui gouvernent à leur gré au service de « l'expropriation des masses », comme à la « rage électorale » des socialistes qui ne mènerait à rien. Malato oppose le « droit » (imprescriptible, inaliénable, inhérent à l'humanité avec comme composantes le droit de manger, de penser et d'aimer) qui vient de la nature et la « loi » qui est le « caprice d'un maître », « essentiellement tyrannique parce qu'elle faite par les hommes contre d'autres hommes »¹⁴. Alors que « dans notre société criblée de lois, le droit est partout méconnu », les progrès ne peuvent être conquis de haute lutte que par des minorités, et non par le suffrage universel qui a acclamé successivement la royauté, l'empereur et la République. Avec le slogan « point de commandants, point de commandés », les anarchistes doivent arracher la vraie République, « la sociale » par la révolution. Le triomphe de la révolution sera la disparition de la politique avec ses mensonges : il n'y aura plus de Parlement, plus de lois, ni de codes, libérant ainsi les hommes et plus encore les femmes. Si le projet anarchique relève de l'utopie libertaire, il révèle les insatisfactions face aux résultats des élections, quand bien elles sont gagnées par les républicains ou plus tard par le Bloc des Gauches.

En 1906, Hubert Lagardelle (1874-1958), qui était proche de la CGT et docteur en droit de l'Université de Paris avec une thèse de 1901 sur

¹¹ *Ibid.*, p. 83.

¹² *Ibid.*, p. 96.

¹³ Zeev Sternhell, *La Droite révolutionnaire. Les origines françaises du fascisme 1885-1914*, Paris, Points-Seuil, 1978, p. 318-331.

¹⁴ Charles Malato, *Philosophie de l'anarchie*, Paris, Stock, 3^e éd., 1897, p. 157.

L'évolution des syndicats ouvriers en France : de l'interdiction à l'obligation, s'en prend au Gouvernement Clemenceau qui a réprimé les grèves. Il ironise sur le triomphe de la démocratie : cette prétendue démocratie issue des urnes « ne sait que trembler » et les électeurs (grands mais aussi petits propriétaires) s'en remettent par lâcheté à des gouvernements répressifs qui ne valent pas mieux que la démocratie¹⁵. N'allons pas voir dans le ralliement de Lagardelle au fascisme italien, puis dans sa participation au Gouvernement de Vichy comme ministre du Travail (1942-1943), la preuve d'une pente irrésistible pour de tels sentiments anti-démocratique, mais réfléchissons plutôt aux échos que ces critiques anarchistes de la démocratie au tournant du XIX^e et du XX^e siècle peuvent trouver encore aujourd'hui.

II. À travers de continuelles scissions et reformations (notamment de la Fédération Anarchiste fondée en 1945, toujours agissante à travers *Le Monde libertaire* et *Radio libertaire*, ou de la Fédération Communiste Libertaire des années 1950 autour de Georges Fontenis, relayée depuis 1991 par Alternative libertaire depuis 1991¹⁶, en lien un moment avec l'Internationale situationniste (créée avec un document fondateur rédigée par Guy Debord en 1957 et qui s'est développée en France dans les années 1960, mais avec des oppositions enter « artistes et révolutionnaires »¹⁷, le mouvement anarchiste est resté présent en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Sa dénonciation de l'État s'accompagne toujours d'une critique des élections classiques de la « démocratie bourgeoise » présentées comme une duperie, « des pièges à cons » selon l'expression utilisée par Jean-Paul Sartre dans un article des *Temps modernes* en 1973. Daniel Guérin (1904-1988), figure du mouvement libertaire, historien et militant de l'émancipation homosexuelle, rappelait ses traits constitutifs de l'anarchisme dans son livre, *L'anarchisme, de la doctrine à l'action* (Paris, Gallimard, 1965). Daniel Guérin était aussi proche des mouvements trotskystes qui n'ont cessé de foisonner dans l'ultra-gauche française : Lutte ouvrière (trouvant ses origines en 1936 et son organisation avec sa fête en 1971), le Parti Communiste international (puis Parti des travailleurs) des « Lambertistes » (du nom de Pierre Boussel, alias Pierre Lambert 1920-2008), la Ligue Communiste Révolutionnaire (1969 sous le nom de Ligue communiste, puis 1974). Tous ces partis ont présenté des candidats aux élections depuis les années 1970, notamment aux élections présidentielles. Si leurs leaders ne se font pas d'illusion sur les résultats

¹⁵ Hubert Lagardelle, « La démocratie triomphante », *Le Mouvement socialiste*, mars-avril 1906, p. 186-192.

¹⁶ J. Maitron, *op. cit.*, vol. II, p. 112-113.

¹⁷ Miguel Amorós, *Les situationnistes et l'anarchie*, éd. de la Roue, 2012.

obtenus en nombre de suffrages (loin d'être ridicules, mais s'ils sont affectés par la division entre les candidats, reflet d'oppositions fortes sur les méthodes de lutte¹⁸), ils ne contestent pas le principe même des élections comme les anarchistes traditionnels.

Dans les manifestes des groupes anarchistes, il y a des éléments de continuité qui voisinent avec des inflexions sur la critique de la démocratie. Ainsi, la Fédération anarchiste maintient la dénonciation de l'État prétendument neutre en affirmant que toute personne ayant du pouvoir en abuse, « car à quoi servirait le pouvoir si l'on n'en abusait pas ». L'État est toujours considéré comme un « appareil de répression » au service des classes dominantes ; toute délégation de pouvoir reste dans le schéma qui oppose dirigeants et dirigés. Les prétendus citoyens « n'ont aucun contrôle sur leurs élus », l'apparente sanction aux élections suivantes conduit à l'élection d'acolytes qui refont une politique pratiquement identique. Bien plus, la « règle majoritaire » est susceptible de conduire, notamment par le référendum, à des décisions dangereuses, par exemple sur la peine de mort, le sort des immigrés ou celui de femmes, ce que ne démentent pas certains référendums organisés en Europe ou hors d'Europe ces dernières années. Pour autant, la Fédération anarchiste ne s'affirme plus systématiquement opposée au vote, évoquant notamment les votes à l'intérieur des groupes militants pour trancher entre différentes options¹⁹.

On retrouve un discours comparable dans le « Manifeste pour une alternative libertaire » adopté en mai 1991 par le Congrès alternatif de Toulouse et toujours sur le portail de cette organisation²⁰. Selon ces anarchistes, la transformation radicale de la société doit passer par une démocratie autogouvernée et fédéraliste opposée à l'État, toujours aux mains d'un système capitaliste dont la « faculté de récupération » ne doit pas être sous-estimée. De même que les solutions violentes, et particulièrement les attentats mettant en jeu la vie de personnes, doivent être rejetées, les « tentations avant-gardistes, les minorités s'autoproclamant représentantes de la base » doivent être combattues, toute action (minoritaire au départ) ayant à s'inscrire dans une perspective d'élargissement à un mouvement de masse. En conséquence le « mythe de l'État républicain, neutre, démocratique, au-dessus des intérêts particuliers » est rejeté, la démocratie parlementaire est critiquée pour son caractère illusoire et mensonger, les « électeurs passifs » donnant le pouvoir à des dirigeants au service du mode de production

¹⁸ Philippe Raynaud, *L'Extrême gauche plurielle*, Paris, Perrin, 2006, p. 73-75 sur ces trois trotskysmes.

¹⁹ <https://www.federation-anarchiste.org>.

²⁰ <https://www.alternativelibertaire.org/IMG/pdf/Manifeste>.

capitaliste. Mais les partisans du communisme libertaire ne sont plus abstentionnistes de principe : ils n'excluent pas d'appeler à voter dans certains cas, tout en soutenant les combats contre la militarisation de la société, contre l'ordre policier, contre l'injustice, contre le système carcéral et les mobilisations écologistes.

On voit ici comment les militants anarchistes et leurs discours continuent à irriguer les mouvements de protestation, et parfois d'action violente, en faveur des femmes, des minorités sexuelles, des sans-logis, ou contre le nucléaire et les projets de grands travaux accusés de menacer les équilibres écologiques. En France, comme dans de nombreux autres pays (on pense notamment au mouvement des *Indignados* en Espagne depuis 2011) des associations altermondialistes comme AC ! Agir ensemble contre le chômage (établie en 1992-1994), ATTAC (Association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne, depuis 1998), ou les mouvements « zadistes » (pour zone à défendre) depuis 2009 utilisent ces arguments de critique de la démocratie représentative qui remontent aux anarchistes de la fin du XIX^e siècle. Détournant le sigle ZAD (terme du droit de l'urbanisme qui signifie « zone d'aménagement différé »), les zadistes se sont installés (transformant dans certains de ces sites le « sit-in » en occupation permanente) dans une dizaine de sites donnant lieu à des projets de grands équipements contestés par les défenseurs de l'écologie. La plus importante ZAD se situe, depuis 2009 à Notre-Dame-des-Landes en Loire-Atlantique sur les terres expropriées pour la construction d'un nouvel aéroport pour l'agglomération de Nantes²¹. De ce conflit, qui n'est pas encore terminé, malgré l'abandon en début d'année 2018 du projet d'aéroport par le Gouvernement et l'évacuation de la ZAD en avril 2018, nous retiendrons seulement les débats sur la démocratie. Les zadistes considèrent les décisions des Gouvernements successifs (soutenus par le Parlement) et les résultats du référendum local organisé dans le département en 2016 (favorable au oui, mais sans valeur juridique, un référendum local ne pouvant porter sur un projet d'envergure nationale) comme une « pseudo-démocratie ». Il y a ici une forme de reprise du discours des anarchistes du XIX^e siècle contre la démocratie parlementaire et la confiscation du pouvoir par les classes dominantes, elles-mêmes liées (sinon soumises) aux entreprises multinationales. En juillet 2016, les zadistes ont organisé toute une série de débats sur les « Semaines de la démocratie »²². D'un point de vue théorique, l'argumentation est assez limitée, justifiant le combat de minorités

²¹ Philippe Subra, *Géopolitique locale. Territoires, acteurs, conflits*, Paris, Armand Colin, 2016, p. 85-103.

²² <http://www.notredamedeslandes2016.org/>

provoquant l'État répressif et destructeur (de l'environnement, de la santé...) au nom de la défense de « Droits humains fondamentaux ». Une stratégie d'action directe, qui n'écarte pas le recours à la violence, est associée, comme chez les anarchistes (mais aussi chez certains groupes conservateurs, comme le mouvement « Les Veilleurs » contre le mariage homosexuel depuis 2013), à des idées libertaires assez vagues sur les moyens de promouvoir une « vraie démocratie », sinon en s'appuyant sur l'étude directe des dossiers par les citoyens eux-mêmes. Comme dans le mouvement « Nuit debout » du printemps 2016, le projet démocratique des zadistes se manifeste essentiellement par des débats qui donnent eux-mêmes lieu à une réflexion sur les moyens d'assurer une prise de parole véritablement égalitaire (limitation de la durée des interventions, gestuelle renouvelée des manifestations d'approbation ou d'hostilité inspirée d'autres groupes contestataires, comme Act-Up).

Les différences de contexte entre la situation actuelle et celle de la fin du XIX^e siècle limitent, bien entendu, la portée de la comparaison. Il n'en existe pas moins un répertoire de critiques de la démocratie représentative que les anarchistes ont développé il y a plus de cent ans et qui continue à être employé par les mouvements altermondialistes. Il subsiste également des points de contact (comme la dénonciation de l'oligarchie financière et l'appel au « dégagisme ») avec des mouvements contestataires de cette démocratie représentative qui se situent sur tous les secteurs de l'échiquier politique et ne sont pas une des moindres causes de l'abstention. Il paraît enfin problématique que ces mouvements convergent avec des forces politiques qui, tout en proposant un processus « révolutionnaire » (comme la réunion d'une Assemblée Constituante sans respecter les règles de la révision constitutionnelle), en appellent au vote et même à l'usage fréquent du droit de suffrage²³. Le nouveau droit démocratique est encore dans l'attente de théoriciens.

²³ Jean-Luc Mélenchon, *Qu'ils s'en aillent tous ! Vite, la Révolte citoyenne*, Paris, Flammarion, 2010, p. 16.

LES DÉMOCRATIES ILLIBÉRALES EUROPÉENNES ET LA DOCTRINE DU POPULISME CONSTITUTIONNEL

Marie-Claire PONTTHOREAU*

C'est au cours de la dernière décennie du XXe siècle que s'est dessinée une nouvelle étape articulée autour du triptyque « droits de l'homme - démocratie pluraliste - Etat de droit » devenu hégémonique par le jeu de l'élimination des versions concurrentes. En Europe, en particulier, les Etats ont multiplié les instruments conventionnels pour se rapprocher¹. Aujourd'hui, l'espace européen est marqué par la montée des populismes². Dans le discours des populistes, l'Europe (plus spécifiquement, il faut entendre ici l'Union européenne) est montrée du doigt comme étant à l'origine de l'invasion des migrants. Il suffit de penser à la crise des flux migratoires et à son corollaire, la remise en cause de l'espace Schengen. Le problème est sans doute plus ancien et spécifique à cette organisation devenue en 1992 l'Union européenne : comment est-il possible de préserver et d'intégrer en même temps les Etats-nation ? Jusqu'alors les parties avaient toujours renoncé à inscrire dans les traités la vocation fédérale de l'Union et des communautés européennes. Avec le Traité sur l'Union européenne, le sentiment que « quelque chose » ne va plus, se diffuse, peut-être, à cause des nouveaux

* Professeur de droit public, Université de Bordeaux (France).

¹ Sur une vision plus large de ce mouvement d'internationalisation et de multiplication des organisations et des instruments internationaux comme cause de la crise de l'Etat-nation : voir les travaux de S. Cassese, notamment *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002 ou encore en français, S. Cassese, *Au-delà de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2011(trad. *Oltre lo Stato*, Laterza, 2006).

² Les travaux sur le populisme par les politologues et les sociologues sont désormais nombreux alors qu'ils le sont sans doute beaucoup moins en droit constitutionnel. Ici, notre regard se concentre précisément sur les travaux ayant une dimension théorique et en lien avec la situation européenne. Voir en particulier, L. Corrias, « Populism in a Constitutional Key : Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, 2016, p.6.

transferts de compétences, en particulier en matière de monnaie. Ces derniers seraient à l'origine d'un changement de nature de la construction européenne qui tait son nom, une évolution vers une structure fédérale qui n'est mentionnée nulle part. Ce n'est donc pas par hasard que la question identitaire se pose à partir de 1992 puisque la construction européenne porte atteinte, du point de vue des Etats membres, à la représentation nationale de l'Etat.

Alors que pendant longtemps les relations entre les principes fondamentaux des constitutions des Etats membres et la construction européenne ont été négligés³, l'adoption et la ratification du traité de Maastricht ont constitué un révélateur de la nature potentiellement conflictuelle du rapport entre droit constitutionnel et droit communautaire. C'est aussi une autre dimension qui est mise à jour par l'examen de la compatibilité du Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE) avec la constitution nationale et soulignée dans la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 : aussi longtemps que les Etats restent la base d'une construction européenne supranationale, seuls les peuples des Etats membres peuvent fournir une légitimation satisfaisante à l'Union européenne. Avec ce traité, la construction européenne atteint l'institution imaginaire, c'est-à-dire la représentation nationale de l'Etat. Ce traité représente un saut symbolique ; il suffit de penser aux droits de vote et d'éligibilité ouverts aux ressortissants des Etats membres autres que nationaux pour les municipales qui s'ajoutent à l'ouverture entamée de la fonction publique nationale. Autrement dit, des droits parmi les plus symboliques de l'appartenance à la communauté nationale ne sont plus le monopole des nationaux de l'Etat. Un autre saut symbolique a lieu en 2005 avec le refus de la ratification du traité établissant une « Constitution pour l'Europe ». Le poids des mots (« Constitution européenne ») et ce que l'on doit au passé et aux traditions nationales ont été probablement sous-estimés. Quoique les « non » au référendum français du 25 mai 2005 soient de diverse nature, on suivra volontiers Pierre Nora qui y voit « le retour d'un refoulé national (...) comme si le texte [le projet de loi de ratification du traité] heurtait des structures mentales et sociales sédimentées depuis longtemps »⁴. En définitive, n'est-ce pas la fonction symbolique des constitutions (nationales)⁵ qui a été occultée par l'avancement du processus d'intégration européenne ? L'occultation de la dimension politique de la constitution depuis l'après Première Guerre mondiale n'est sans doute pas étrangère à cette crise

³ B. De Witte, "Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition" 2, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, pp. 145.

⁴ *In Le Monde* du 5 juin 2005.

⁵ Sur les différentes fonctions de la constitution, voir M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, pp. 256.

dans le cadre de la construction européenne, qu'on la conçoive comme conséquence d'une Europe sans histoire et sans communauté politique, ou comme conséquence d'une Europe imposée plutôt que choisie (l'élargissement de 2004 constituant probablement une étape « de trop », franchie sans le consentement formel des peuples européens). Ces explications ne sont certainement pas exclusives l'une de l'autre.

Que constatons-nous actuellement ? La Hongrie et la Pologne sont à l'origine d'un conflit constitutionnel qui a pour objet la captation des moyens constitutionnels de limitation du pouvoir par la majorité politique qui gouverne. Le risque pour l'Union européenne est de voir se propager le non-respect des valeurs de l'article 2 du TUE qui constitue son fondement. Le danger est donc de saper de l'intérieur les pays porteurs du libéralisme politique par le déploiement des démocraties dites illibérales⁶ face auquel l'Union semble bien désarmée en raison de la nature politique du conflit. Celui-ci porte sur l'interprétation de la constitution nationale : l'identité de l'ordre constitutionnel est en jeu et, partant, le principe de légitimité politique qui fonde la constitution.

Le problème de la légitimité n'est pas nouveau pour la construction européenne, mais celui-ci a été pendant longtemps sous-évalué, sur la base de l'argument selon lequel la participation à une organisation internationale présuppose la perte de légitimité démocratique en contrepartie de ce qui est gagné en actions communes. Les frontières définissant le territoire national n'en restent pas moins l'élément de base sur lequel les individus sont admis ou exclus à la participation des décisions qui les regardent. En outre, si la loi démocratique de la majorité ne produit sa légitimité que dans le cadre national, peut-on envisager que le principe majoritaire puisse s'appliquer « hors du cadre national » ou, selon les termes du Doyen Vedel, « une démocratie non nationale peut-elle être légitime⁷ » ? Notre espace de référence a beau s'être agrandi, les frontières sont là, certes moins comme limites spatiales de l'exercice d'une souveraineté que comme signes d'appartenance à une communauté politique.

Ce glissement - qui n'en est sans doute pas un car les frontières ont plusieurs fonctions -⁸ est perceptible dans le contexte européen où la nouvelle

⁶ F. Zakaria, « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, pp. 22; A.Z. Huq, T. Ginsburg, « How to lose a Constitutional Democracy », *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, disponible en ligne https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901776

⁷ G. Vedel, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 30.

⁸ Plusieurs fonctions peuvent être reconnues aux frontières : « La fonction de réalité, c'est la limite spatiale de l'exercice d'une souveraineté (...). La symbolique renvoie à l'appartenance à une communauté politique inscrite dans un territoire qui est le sien; il a trait à l'identité. L'imaginaire connote le rapport à l'Autre, voisin, ami ou ennemi, donc la relation à soi-même, à sa propre histoire

frontière prend le nom d' « identité constitutionnelle »⁹. Que se cache-t-il derrière à cette référence à l'identité constitutionnelle ? Ce que les cours constitutionnelles ne peuvent pas dire car elles ne peuvent pas aller jusqu'à mettre en avant un droit à l'existence politique des Etats puisque l'intégration européenne est un processus qui hésite, qui se trouve dans un entre-deux (d'un côté, copier la forme étatique –le projet de constitution européenne- et de l'autre inventer une nouvelle forme politique). C'est d'autant plus compliqué que les Etats sont les principaux acteurs de ce processus qui repose sur leur volonté souveraine. Précisément, on peut penser que les juges français ont sans doute mal dénommé « quelque chose »¹⁰. Cependant, il est devenu patent que l'identité constitutionnelle se substitue dans le discours juridique à la souveraineté de manière à éviter les conflits normatifs et donc à faciliter les rapports entre systèmes juridiques. La doctrine du pluralisme constitutionnel a pleinement valorisé cette dimension pacifique.

Selon la perspective adoptée dans cette contribution, l'analyse est déplacée du droit positif vers les doctrines et ceux qui pensent le droit. Ce déplacement des enjeux tient à la manière de concevoir le droit comme une forme de discours. Le monde du droit est intangible, c'est un monde de représentations, d'images. La doctrine y participe par son travail d'imagination et de conceptualisation. Plusieurs récits des relations entre droits des Etats membres et droit de l'Union européenne ont été proposés. Celui qui a prévalu au cours des années 2000 correspond au pluralisme constitutionnel, une doctrine dénationalisée qui a cherché à trouver une cohérence dans le désordre semé par les jurisprudences des cours constitutionnelles sur la primauté du droit de l'Union européenne. Ce récit développé sur le terrain académique a rencontré de plus en plus obstacles qui

et à ses mythes fondateurs, ou destructeurs. » M. Foucher, *Fronts et frontières*, Paris, Fayard, 1991, p.38.

⁹ L'émergence de « l'identité constitutionnelle de la France » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel correspond à sa désormais célèbre décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 (confirmée par les décisions n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 et n° 2010-605 DC du 12 mai 2010) laquelle a donné lieu à nombreux développements doctrinaux. Voir pour la richesse du débat : M. Fatin-Rouge Stéfani et alii (dir.), *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

¹⁰ Le Conseil constitutionnel semble s'être inspiré de la Cour constitutionnelle allemande laquelle utilise l'expression de « structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité » depuis la décision dite « *Solange I* » (*BVerfGE*, 2^{ème} Chambre, 29 mai 1974 : décision traduite avec une note de Michel Fromont, *R.T.D.E.*, 1975, pp. 316). On peut dès lors penser que le Conseil a cherché, avec sa décision du 27 juillet 2006, à s'inscrire dans le concert des cours constitutionnelles européennes ayant déjà développé une jurisprudence visant à tempérer le principe de la primauté du droit communautaire. En effet, il est étonnant que le Conseil ne se soit pas référé à « l'identité républicaine » puisque l'attachement aux valeurs de la République bénéficie d'un enracinement profond et ancien dont la Constitution est privée.

se sont consolidés sur le terrain politique par l'expansion des démocraties illibérales, celles qui ne respectent pas les libertés. Un nouveau récit a pris forme : la doctrine du constitutionnalisme populiste. Deux narrations pour un même objet, les relations entre construction européenne et droit constitutionnel des Etats membres : le récit dominant du pluralisme constitutionnel est-il à l'origine de cette nouvelle doctrine ? Cette dernière est-elle une contre-doctrine qui vise à réintroduire un sentiment d'appartenance, d'appropriation et d'identité collective ? Les géographes parlent de « reterritorialisation » lorsque dans un lieu donné, ce sentiment a disparu et qu'une nouvelle pratique s'y développe en vue d'y instaurer à nouveau un lien entre territoire et communauté.¹¹ Renommée « populisme constitutionnel », cette doctrine moins qu'une alternative se présente plutôt comme une lecture supplémentaire des effets de la construction européenne sur les droits constitutionnels nationaux.

I. LE PLURALISME CONSTITUTIONNEL : DÉNATIONALISATION ET RECHERCHE DE LA COHÉRENCE JURIDICTIONNELLE

La doctrine juridique nationale oscille en général entre deux positions : soit elle cherche à interpréter les jurisprudences constitutionnelles et la jurisprudence de la Cour européenne de justice en des termes de concordance, soit elle rappelle qu'aucune constitution n'a poussé jusqu'au bout les conséquences du monisme (conception selon laquelle le droit international et le droit étatique forme un seul et même système juridique) et que la constitution ne peut renoncer à sa suprématie sans perdre son statut de norme suprême de l'Etat.

La doctrine du pluralisme constitutionnel a un point de départ différent qui réside dans le constat des mutations de l'Etat. Qualifié d' « Etat ouvert » ou bien, de manière plus classique, d' « Etat post-westphalien », le but affiché n'est pas de prôner le remplacement de l'Etat, mais son dépassement, les juges y jouant un rôle central. En effet, le pluralisme normatif est la forme la plus courante du pluralisme constitutionnel puisqu'il renvoie à l'existence d'une pluralité de sources constitutionnelles qui aboutit à une situation potentiellement conflictuelle entre les différents ordres juridiques des Etats membres et l'ordre communautaire (aujourd'hui de l'Union européenne), conflits qui doivent être résolus d'une manière non hiérarchique.

¹¹ J.-M. Fournier, « Géographie sociale et territoire, de la confusion sémantique à l'utilité sociale ? » ESO Travaux et documents, Espaces et Sociétés, UMR 6590, 2007, p. 33.

La doctrine du pluralisme constitutionnel est conceptuellement plus élaborée car ce n'est pas la seule activité des juges qui est prise en compte mais aussi les transformations de la souveraineté. Il s'agit de penser le phénomène constitutionnel en dehors du cadre étatique. De plus, elle ne correspond pas à une doctrine nationale. En ce sens, on remarquera tout d'abord que cette nouvelle doctrine s'est développée après la décision *Maastricht* de la Cour constitutionnelle allemande (1993) dans le prolongement des travaux du juriste écossais et député européen, Neil MacCormick, qui a vu dans cette décision la confirmation de sa théorie sur les interférences non hiérarchiques entre systèmes juridiques¹². Son foyer de diffusion peut être, ensuite, présenté comme « dénationalisé » puisque c'est principalement à l'Institut Universitaire Européen (ci-après, IUE) qu'elle s'est développée. Néanmoins ses auteurs sont pour la plupart des *common law lawyers* (à l'instar de N. Walker) ou bien ils ont été formés à l'Institut (tels que M. Poiares Maduro, aujourd'hui professeur en poste à l'IUE) en particulier à partir des travaux de J.H.H. Weiler¹³.

Cette doctrine n'est toutefois pas homogène. Plusieurs versions du pluralisme constitutionnel ont été élaborées. La reconstruction ici proposée s'appuie sur plusieurs travaux et tout particulièrement sur ceux du colloque tenu en 2008 à l'IUE¹⁴. On s'attachera ici à décrire trois versions à partir des travaux de Neil Walker (le méta-constitutionalisme épistémique), de Miguel Poiares Maduro (le droit contrapuntique) et d'Ingolf Pernice (le constitutionalisme multi-niveaux).

Dans un article fondateur « *The Idea of Constitutional Pluralism* », fruit de travaux précédents¹⁵, Neil Walker s'efforce de se détacher du modèle étatique pour une compréhension forcément en partie spéculative des défis

¹² N. MacCormick, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *European Law Journal*, 1995, p. 265. Il avait déjà présenté sa théorie dans "Beyond the Sovereign State", *Modern Law Review*, 1993, pp. 1 et il l'a ensuite développée dans *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

¹³ J. H. H. Weiler, "The Transformation of Europe" 100, *Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403; ID., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹⁴ M. Avbelj, J. Komarek (eds.), "Four versions of Constitutional Pluralism – Symposium Transcript", 1 *European Journal of Legal Studies*, 2008, pp. 235 (à consulter en ligne, <http://www.ejls.eu>). La quatrième version est en fait une critique du pluralisme constitutionnel défendue par J. Baquero Cruz et déjà présentée dans : « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », *EUI Working Papers*, RSCAS 2007/13. Cet auteur a récemment repris cette critique dans un ouvrage : J. Baquero, *What's Left of the Law of Integration? : Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, OUP, 2018.

¹⁵ Il convient notamment de mentionner: N. Walker, « Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe » in G. de Burca, J. Scott, *Constitutional Change in the EU: Between Uniformity and Flexibility*, Oxford, Hart, 2000, pp. 9.

portés par la construction européenne¹⁶. Son point de départ est une critique du constitutionnalisme moderne. D'abord, le stato-centrisme est de plus en plus incapable d'expliquer le fonctionnement actuel du système politique, social et économique du pouvoir qui échappe en partie à l'Etat. En d'autres termes, les catégories auxquelles on a été habitué sont incapables ou du moins rencontrent des limites pour expliquer ce qui est nouveau. En particulier, les catégories du droit constitutionnel (parmi lesquelles figurent en tout premier lieu la constitution, l'Etat et la souveraineté) manquent de souplesse et sont sans doute handicapantes pour l'auteur qui parle de « *fétichisme constitutionnel* »¹⁷. Néanmoins, il ne nie pas le caractère prégnant de ces catégories¹⁸ et n'envisage pas de s'en débarrasser mais de les adapter¹⁹. Il dénonce plutôt les vertus quasi-magiques dont l'on pare les discours et les théories constitutionnels de telle sorte que la seule invocation constitutionnelle suffirait à guérir les maux sans s'engager dans une discussion plus profonde. C'est pourquoi il critique également l'exploitation idéologique dont peut faire l'objet le constitutionnalisme. Soulignant enfin le caractère protéiforme du constitutionalisme, Neil Walker se confronte à une des nombreuses notions de droit constitutionnel qui est un concentré de significations. D'ailleurs, le pluralisme constitutionnel présente aussi cette même caractéristique.

Le pluralisme constitutionnel qu'il propose est à la fois descriptif (le constat de l'impuissance du constitutionnalisme moderne à expliquer les mutations en cours) et prescriptif puisque cette doctrine est présentée comme le dépassement du « *constitutionalisme monisme* » qui admet comme seules unités d'autorités constitutionnelles, les Etats : l'ordre européen inauguré par le Traité de Rome (celui institutif des Communautés européennes en 1957) s'est développé au-delà des frontières traditionnelles du « *droit inter-national qui présente maintenant ses propres exigences constitutionnelles à côtés de celles des Etats* »²⁰. Neil Walker précise que les relations entre ces ordres sont à présent « *horizontales plutôt que verticales* » i.e. hétérarchiques plutôt que hiérarchiques. De manière plus approfondie, il distingue trois formes de pluralisme : un « *pluralisme explicatif* » qui consiste à identifier une

¹⁶ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism » 3, *Modern Law Review*, 2002, pp. 317.

¹⁷ *Ibid.*, p. 324.

¹⁸ Dans un article centré sur l'activité du maintien de l'ordre, l'auteur souligne la dépendance à la notion d'Etat, si embryonnaire soit-elle Outre-manche, il relie le monopole de la contrainte légitime à l'idée d'Etat : N. Walker, « Decoupling Police and State » in E. Bort, R. Keat (eds), *Essays in Honour of Malcom Anderson*, Edinburgh, International Social Sciences Institute, 1999, pp. 75.

¹⁹ Il se différencie à ce titre du positionnement de Neil MacCormick qui propose de se débarrasser du concept de souveraineté : pour un approfondissement, N. Walker, « Late Sovereignty in European Union » in ID., (ed.) *Sovereignty in Transition*, Londres, Hart, 2003, pp. 10.

²⁰ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *cit.*, p. 337 (souligné par l'auteur).

multiplicité de « sites constitutionnels » (cette notion renvoie à celle d'ordre politique et juridique ; elle semble préférée à cette dernière car plus ouverte et moins stato-centrée), un « pluralisme normatif » qui ne se contente pas de les identifier, mais se prononce en faveur du pluralisme et de son respect réciproque par les sites identifiés et, enfin un « pluralisme épistémique » qui associe à la variété de sites constitutionnels en présence une multiplicité et une incommensurabilité de points de vue et d'autorités. Cette dernière forme est sans doute la plus éclairante de cette doctrine qui refuse de trancher la question du détenteur ultime de l'autorité.

La doctrine développée par Miguel Poiares Maduro en est précisément un prolongement avec la recherche d'une cohérence contrapuntique²¹ qui vise à prendre un tout (l'Union européenne) qui à la fois dépasse et respecte les parties (les Etats membres). Le tout vaut alors plus que ses parties et les parties à leur tour sont valorisées par l'harmonie que dégage leur rapprochement. A l'instar de Glenn Gould capable d'écouter de façon contrapuntique²², les théoriciens du pluralisme constitutionnel avancent que l'Europe ne se ferme pas à une chose pour en écouter une autre, mais suit simultanément plusieurs pistes (sonores). Le pluralisme constitutionnel en action a été aussi défendu par M. Maduro comme avocat général à la Cour européenne de justice depuis 2003. Ce dernier a en outre précisé, lors d'une conférence prononcée à la Cour de cassation en décembre 2007, le rôle à confier au droit comparé : « *L'approche comparative la plus appropriée dans le contexte du pluralisme constitutionnel ne doit pas seulement concevoir le droit national comme une source d'inspiration, elle doit aussi lui reconnaître une autorité particulière. La base même de la construction et de la légitimité du droit communautaire requiert de la Cour [de justice] un respect pour les traditions communes des États membres. Ce respect ne s'accommode pas d'un usage de ces droits qui serait limité à la recherche de la meilleure solution juridique parmi une variété de systèmes juridiques nationaux* »²³. Rejetant le recours instrumental de la comparaison, l'avocat général a présenté le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres comme « *un devoir* » pour l'Union européenne. La Cour de justice a néanmoins jusqu'à présent ignoré ce courant de pensée et s'en tient à sa doctrine de la primauté du droit de l'Union.

²¹ M. Poiares Maduro, "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", in N. Walker (ed.) *Sovereignty in Transition*, cit., pp. 501.

²² Cette idée d'une harmonie contrapuntique a été développée par un auteur canadien s'inspirant de son compatriote, le pianiste Glenn Gould : D. Howes, « La constitution de Glenn Gould : le contrepoint et l'Etat canadien » in J.-G. Belley (dir.) *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 95.

²³ M. Poiares Maduro « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », <http://www.network-presidents.eu/spip.php?rubrique89&lang=fr>.

L'idée du pluralisme constitutionnel avancée par Neil Walker dépasse la seule harmonisation des jurisprudences constitutionnelles et européennes pour embrasser un questionnement plus vaste : comment adapter le discours constitutionnel aux différents « sites constitutionnels » (étatiques, non-étatiques tels que l'Organisation mondiale du commerce, et post-étatiques) ? Le développement conceptuel et structurel du pluralisme constitutionnel est au cœur de cette théorie prescriptive. Il dégage une série de critères pour identifier les nouvelles entités d'expression constitutionnelle, *i.e.* les sites post-étatiques qui manquent de tradition et de fondation à la différence des Etats²⁴.

Le constitutionnalisme multi-niveaux proposé par le juriste allemand Ingolf Pernice²⁵ s'inscrit précisément dans une analyse de l'intégration européenne comme *une* « forme constitutionnelle » post-étatique. Sa proposition est bien de ne voir qu'un « système constitutionnel unique »²⁶ composé d'*une* constitution elle-même formée de plusieurs « couches constitutionnelles », celle du droit primaire de l'Union européenne et celle des constitutions des Etats membres, indépendantes mais partageant des principes communs. Cette unicité pourrait apparaître comme l'antithèse du pluralisme constitutionnel. Mais il n'en est rien puisqu'il s'agit d'un pluralisme interne au système proposé qui n'est pas sans rappeler la structure fédérale. La notion de « constitution composée » a été avancée de manière à promouvoir la constitution européenne bien qu'Ingolf Pernice ne l'imagine pas autrement que « composée ». Par sa nature même, la constitution européenne est « un processus d'établissement progressif d'un pouvoir public supranational par les peuples des Etats membres qui se définissent ainsi comme citoyens de l'Union, tout en restant des citoyens des Etats membres. Cette idée de 'multiplicité' se reflète dans le caractère composite de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne »²⁷. Ce positionnement prend appui sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice (en particulier l'arrêt *Parti écologiste « Les Verts »* de 1986 dans lequel la Cour qualifie les traités de « charte constitutionnelle de base ») et dépasse la lecture traditionnelle de la constitutionnalisation de l'ordre communautaire en mettant l'accent sur la complémentarité des ordres constitutionnels communautaire et nationaux et

²⁴ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *cit.*, p. 340.

²⁵ La notion de « multilevel constitutionalism » a été introduite dans l'article : « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution – Making Revisited ? » 36, *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703.

²⁶ I. Pernice, F.C. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *R.T.D.E.*, 2000, p. 631 ; I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism in the European Union », 2 *European law Review*, 2002, p. 514. Pour un approfondissement, I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, pp 21.

²⁷ I. Pernice, F.C. Mayer, *op.cit.*, p. 647.

sur le caractère dynamique du processus conduisant à une union sans cesse plus étroite des peuples de l'Europe. Les citoyens sont en effet placés au cœur de ce processus et sont porteurs des limites qui s'imposent à chaque niveau. Pour que la complémentarité et la dualité perdurent, il faut s'assurer du respect de l'identité propre de chaque niveau.

Cette description des travaux sur le pluralisme constitutionnel ne fait certainement pas justice à la richesse du débat dont on n'a rendu compte que partiellement²⁸. Dans le colloque précité de l'IUE, les principaux tenants de cette doctrine regrettaient la faible diffusion de cette doctrine en Europe et son caractère confidentiel. Paradoxalement, le pluralisme constitutionnel a connu un succès inattendu avec la propagation des démocraties illibérales dont les autorités politiques (en particulier, hongroise et polonaise) n'ignorent l'usage ni de la comparaison des droits, ni de l'identité constitutionnelle. Autrement dit, ces dernières retournent contre les démocraties libérales les arguments utilisés pour non seulement se préserver des avancées du droit de l'Union européenne, mais aussi pour attaquer l'Etat de droit. D'une manière qui peut surprendre, s'est développée une nouvelle doctrine dans ce contexte d'atteinte aux valeurs portées par l'Union européenne : le constitutionnalisme populiste. Cela a conduit Gabor Halmai à parler d'« oxymore » à son propos²⁹. Le choix des termes « populisme constitutionnel » met sans doute moins en évidence la contradiction interne à cette doctrine et surtout met sur la piste d'une autre lecture de l'ensemble développée dans le paragraphe ci-dessous.

II. LE POPULISME CONSTITUTIONNEL : RETERRITORIALISATION ET PROMOTION DU CONFLIT POLITIQUE

Pourquoi le germe du populisme présent dans le socle du constitutionnalisme éclore-t-il aujourd'hui en Europe ? Deux frontières constitutives de l'Etat constitutionnel moderne sont désormais érodées : la frontière territoriale et la séparation public/privé. La construction européenne renforce les processus de transnationalisme et de privatisation qui se nourrissent mutuellement et consolident par là même cette érosion. Faute d'avoir fait appel aux peuples européens notamment au moment de l'élargissement (ainsi que rappelé plus haut), le peuple comme acteur

²⁸ Pour une étude plus approfondie, M. Avbelj, « Questioning EU constitutionalisms », *German Law Journal*, 9 (1), 2008, pp. 1-26 : consultable en ligne : <https://doi:10.1017/S2071832200006283>

²⁹ G. Halmai, « Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary », *Fundamental Journal of The Humanities and Social Sciences*, 11, 2018, accessible en ligne : <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40647-018-0211-5>

constitutionnel (?) et surtout comme argument rhétorique est revenu comme un boomerang dans le discours politique. Le populisme se nourrit des faiblesses des régimes libéraux-démocrates – ce qui explique d’ailleurs que le débat soit controversé, faute de pouvoir tracer nettement des lignes de démarcation³⁰ – le peuple n’est jamais trop loin et toujours invoqué au nom de la démocratie.

De même, la référence à l’identité constitutionnelle est fréquente dans le discours populiste. Elle témoigne de quelque chose de plus qu’un simple problème d’articulation entre normes entre droit constitutionnel et droit de l’Union européenne. Cette référence est l’indice de cette dimension invisible que constitue le substrat constitutionnel national. Ce renvoi à l’identité constitutionnelle semble bien le signe d’un enracinement pour donner du poids au texte constitutionnel national en l’inscrivant dans une continuité constitutionnelle face au projet européen. Dans le discours jurisprudentiel³¹, la tentative vise à stopper l’érosion de l’autorité des constitutions nationales. Le constat est en effet amer pour les constitutions européennes qui, au cours du XXe siècle, ont vu leur fonction normative s’imposer alors qu’aujourd’hui s’accumulent au-dessus d’elles un ensemble de règles et de principes internationaux.

Mais il y a plus : c’est aussi la fonction d’intégration des constitutions qui est atteinte. C’est autrement dit, la capacité de la constitution à exprimer la légitimité étatique et à donner consistance à la communauté nationale d’individus qui se reconnaissent en elle. Par leurs décisions, les juges constitutionnels ont cherché à redonner une perceptibilité aux frontières identitaires tracées par la constitution nationale (on n’oubliera pas que cette jurisprudence se référant à l’identité constitutionnelle s’est développée après les résultats des référendums français et hollandais en 2005 refusant la ratification du traité établissant une constitution pour l’Europe). On peut douter que ce soit aux juges d’apporter une réponse puisque la construction européenne est un projet politique entre les mains des gouvernements des Etats membres.

Pourtant, la solution a été pendant longtemps (trop longtemps ?) de se fier aux juges pour défendre les valeurs partagées et trouver une harmonisation qui ne méprise ni les disparités, ni les particularismes. Néanmoins, le cas britannique, bien avant le Brexit, illustre une dissonance

³⁰ Dans le débat français, est apparu le terme de « démocratie » pour souligner l’appartenance de cette forme de régime aux régimes mixtes : T. Hochmann, « Cinquante nuances de démocraties », *Pouvoirs* n° 169, 2019, pp.19.

³¹ Sur la diffusion de la notion d’ « identité constitutionnelle » dans les jurisprudences des cours constitutionnelles européennes, voir L. Burgogue-Larsen (dir.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pédone, 2011.

voire une résistance avec la thématique de la renationalisation des droits³². En même temps, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) a montré qu'elle est en mesure de développer un rôle substitutif aux institutions politiques européennes impuissantes à actionner l'article 7 du TUE face à la Hongrie et à la Pologne. Elles y ont certes remédié³³ sans que cela ait amélioré l'Etat de droit dans ces pays³⁴. Dans l'arrêt du 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, intervenu sur un renvoi préjudiciel de la Haute Cour d'Irlande : la Cour reconnaît un « risque réel » pour l'Etat de droit en Pologne³⁵. La coopération de l'ensemble des juridictions étant fondée sur la confiance mutuelle, leur collaboration ne peut fonctionner lorsque des violations sérieuses de l'indépendance de la magistrature sont constatées. Cette décision est une bonne illustration de la doctrine du pluralisme constitutionnel si on la regarde dans la perspective de la Cour européenne de justice. En revanche, si elle est regardée à partir de la Pologne ou de la Hongrie, on peut fortement douter d'une coopération loyale et mutuelle entre systèmes judiciaires. L'indépendance des juges nationaux est essentielle pour le fonctionnement correct du système de coopération juridictionnelle³⁶. En

³² Cette thématique repose sur la contestation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier sa jurisprudence relative aux droits de vote des détenus : D.H. McHugh c. RU, 10 février 2015 (1^{ère} condamnation du Royaume-Uni avec l'affaire Hirst en 2005).

³³ Après avoir engagé, à partir de l'été 2016, un dialogue sur l'Etat de droit en Pologne et adopté plusieurs recommandations dans lesquelles la Commission a exprimé ses inquiétudes relatives à la réforme du système judiciaire et demandant aux autorités polonaises de ne pas mettre à la retraite un tiers des juges de la cour suprême, elle a adopté le 27 décembre 2017 une quatrième recommandation déclenchant pour la première fois l'article 7 du TUE (COM/2017/0835 final – 2017/0360 NLE). La seconde fois, cet article a été actionné par le Parlement européen : il a demandé au Conseil le 12 septembre 2018 de constater qu'il existe, cette fois-ci, en Hongrie, « un risque clair de violation grave » concernant non seulement l'indépendance de la justice mais aussi la liberté d'expression, le droit des minorités et la situation des migrants.

³⁴ Voir la résolution adoptée par le PE, le 16 janvier 2020, qui s'inquiète de la détérioration de la situation depuis le déclenchement de l'article 7 TUE : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0014_EN.html.

Voir aussi les observations de R. Uitz, « EU Rule of Law Dialogues : Risks -in Context » : <https://verfassungsblog.de/eu-rule-of-law-dialogues-risks-in-context/>

³⁵ Dans l'arrêt, il est précisé : « une autorité judiciaire appelée à exécuter un mandat d'arrêt européen doit s'abstenir d'y donner suite si elle estime que la personne concernée risquerait de subir une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable, en raison de défaillances susceptibles d'affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire dans l'Etat membre d'émission » : CJUE, 25 juillet 2018 (grande chambre), *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU. Consultable en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A62018CJ0216>

³⁶ La décision de la Cour suprême polonaise du 2 août 2018 marque une étape décisive dans la grave crise constitutionnelle en Pologne qui sévit depuis plusieurs années. La Cour suprême tente de se défendre contre sa subordination aux pouvoirs législatif et exécutif, en demandant à la CJUE d'exprimer son point de vue sur les normes européennes d'immovibilité des juges en tant qu'élément de l'indépendance du pouvoir judiciaire. La commission de Venise a de son côté souligné que la

Pologne, où la constitutionnalité de l'article 267 du Traité est mise en question³⁷ (justement à cause du renvoi préjudiciel sur l'inamovibilité des juges par la Cour suprême polonaise) on peut légitimement en douter³⁸. En même temps, si la CJUE supprime les autorités politiques européennes³⁹, l'effet boomerang contre la doctrine du pluralisme constitutionnel et surtout contre les juges qui actionnent l'article 267 sont à craindre (des procédures disciplinaires sont en cours contre des juges polonais ayant actionné le renvoi préjudiciel).

Du point de vue constitutionnel, il est nécessaire de faire preuve de plus de réalisme, autrement dit regarder en face la réalité constitutionnelle et donc le contexte dans lequel s'applique une constitution. Les cas polonais et hongrois montrent que ni la constitution, ni les cours constitutionnelles ne sont suffisamment puissantes pour prévenir de réels dangers politiques. Ces expériences montrent aussi que la généralité des concepts constitutionnels est mise à l'épreuve, notamment ceux de "peuple", "Etat de droit" et "souveraineté". Les démocraties illibérales n'hésitent pas à faire non seulement un usage erroné des notions constitutionnelles mais aussi volontairement faux du comparatisme pour défendre leur conception du "constitutionnalisme abusif"⁴⁰. Elles n'hésitent pas non plus à utiliser les notions d' "identité

réforme législative en cours compromet davantage l'indépendance de la justice : voir l'avis rendu en urgence le 16 janvier 2020 :

https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680998180

The last judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) in joint case C-558/18 and C-563/18 about the rule of law situation in Poland seems disappointing at first sight. But, the Court upholds the EU law requirement to preserve judicial independence.

³⁷ S. Biernat, M. Kawczynska, « Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court » (26 octobre 2018) : <https://verfassungsblog.de/though-this-be-madness-yet-theres-method-int-the-application-of-the-prosecutor-general-to-the-polish-constitutional-tribunal-to-declare-the-preliminary-ruling-procedure-unconstitut/>

³⁸ Le président de la CJUE, K. Lenearts, a refusé de répondre à une question sur cet objet précisément à cause des affaires pendantes devant la Cour : voir son entretien sur Verfassungsblog (30 janvier 2020) : <https://verfassungsblog.de/judges-should-be-fully-insulated-from-any-sort-of-pressure>

³⁹ De manière inédite, par l'ordonnance de la vice-présidente de la Cour du 19 octobre 2018 (aff. C-619/18 R, Commission / Pologne) et confirmée par l'ordonnance de la Grande chambre du 17 décembre 2018 (C-619/18 R, Commission/Pologne), la Cour a enjoint aux autorités polonaises de suspendre immédiatement l'application des dispositions nationales relatives à l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême.

⁴⁰ David Landau a justement démontré que le constitutionnalisme abusif a une façade juridique car il utilise des moyens constitutionnels pour y parvenir : in « Abusive constitutionalism », 47 *UC Davis Law Review*, 2013, pp. 189. Il faut ajouter que les démocraties illibérales façonnent aussi un "fake comparativism" en utilisant les exemples étrangers pour légitimer leurs réformes. Ainsi en est-il encore récemment de l'utilisation du droit constitutionnel français pour légitimer une énième réforme sur les tribunaux et la Cour suprême, en particulier la responsabilité disciplinaire des

constitutionnelle” et même de “pluralisme constitutionnel” pour justifier leurs réformes et pour le dire, comme le gouvernement polonais à propos de la réforme du système judiciaire, à promouvoir “ leur solution institutionnelle souveraine”⁴¹. La catégorie générale d’“identité constitutionnelle” est devenue un argument pour justifier la transgression des valeurs partagées de l’article 2 du TUE. Même si l’Union européenne a fini par mettre en œuvre l’article 7 du TUE, elle semble désemparée en raison de la nature politique du conflit⁴². Celui-ci porte sur l’interprétation de la constitution nationale : l’identité de l’ordre constitutionnel est en jeu et, partant, le principe de légitimité politique qui fonde la constitution.

Les expériences hongroise et polonaise reposent sur plusieurs éléments communs qui peuvent être résumés par un glissement du triptyque « Etat de droit, droits de l’homme, démocratie pluraliste » à celui de « démocratie illibérale, tyrannie de la majorité, identité nationale » : le nouveau triptyque est la marque du reflux du constitutionnalisme global⁴³ en Europe. Les populistes sont hostiles à la démocratie pluraliste (par la suppression graduelle des contre-pouvoirs et l’élimination de la compétition politique) et à la constitution normative. La mise en place d’un régime illibéral se fait de manière progressive par la voie normative de telle manière que, prises séparément, les interventions normatives ne semblent même pas dangereuses. La captation des mécanismes constitutionnels de protection (révision, cour constitutionnelle) par une majorité politique arbitraire s’accomplit donc selon un mode opératoire subtile et progressif. Il en résulte que la constitution est prise dans un étau, le constitutionnalisme et le populisme partageant l’idée que la volonté populaire est la base légitime de l’ordre politique et juridique.

A la différence de la doctrine du pluralisme constitutionnel, la doctrine du “constitutionnalisme populiste” est récente⁴⁴, nettement moins structurée, et encore marginale car le populisme a surtout été étudié du point de vue

magistrats: voir l’appel de juristes français contre l’instrumentalisation du droit français par le gouvernement polonais publié le 12 janvier 2020 sur Verfassungsblog : <https://verfassungsblog.de/french-law-is-not-a-model-for-the-polish-bill-on-disciplining-judges/>

⁴¹ Cité par L. Pech et S. Platon « Menace systémique envers l’Etat de droit en Pologne : entre action et procrastination », *Questions Europe*, n° 451, 13 nov. 2017 (Fondation R. Schuman).

⁴² Sur la nature politique du conflit constitutionnel, voir J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l’épreuve de l’histoire et du politique*, Rennes, PUR, 2010.

⁴³ M.-C. Ponthoreau, « Global Constitutionalism, un discours doctrinal homogénéisant. L’apport du comparatisme critique », *Jus Politicum* n° 19, 2018 : <http://juspoliticum.com/article/Global-Constitutionalism-un-discours-doctrinal-homogeneisant-L-apport-du-comparatisme-critique-1199.html>

⁴⁴ Voir le numéro consacré au « Populist constitutionalism » introduit par P. Blokker, B. Bugarcic et G. Halmai, in *Germ Law Journal*, vol.20, issue 3, avril 2019.

sociologique ou politiste⁴⁵. Cette doctrine ne repose pas sur la pratique juridictionnelle, ni même sur une réappropriation du vocabulaire constitutionnel. En revanche, elle se veut elle aussi descriptive de changements : cette fois-ci d'une pratique gouvernementale et parlementaire. Cette doctrine académique entend prendre au sérieux le discours constitutionnel tenus par les gouvernants populistes, en particulier l'observation selon laquelle la souveraineté est insuffisamment garantie par les régimes constitutionnels libéraux⁴⁶. Elle se présente donc comme une contre-doctrine au pluralisme constitutionnel qui ignore cette question, même si des auteurs comme Paul Blokker la présente plutôt comme une contre-doctrine au constitutionnalisme libéral tout en soulignant ses faiblesses (éléments plébiscitaires et leader autoritaire).

Dans un contexte où de nombreuses formes de populismes⁴⁷ s'expriment, il ressort quand même une définition minimale. Les populistes invoquent « un peuple réel et uni » contre une élite forcément corrompue. C'est probablement ce peuple comme « entité existante » qui est source de confusion (le peuple « réel » est une abstraction !) puisque la théorie constitutionnelle, elle aussi, le met en action avec le pouvoir constituant pour fonder l'ordre constitutionnel. L'appel répété au peuple par le leader populiste comme forme de légitimation vient occuper l'espace occupé dans la théorie constitutionnelle par le pouvoir constituant et pose le problème de « la souveraineté *effective* du peuple »⁴⁸. En invoquant systématiquement le peuple, le leader populiste vise à mettre en pratique la volonté de la majorité électorale et à la placer au-dessus de la constitution. La logique libérale de la constitution est ainsi contournée, le droit n'étant plus perçu comme la limite nécessaire à la puissance du peuple. « Toutefois, le conflit entre la volonté du peuple et la constitution dépasse le problème de l'exercice occasionnel du pouvoir constituant, il concerne surtout la vie politique quotidienne »⁴⁹. Précisément, un des principes fondamentaux du constitutionnalisme est le respect du

⁴⁵ Ce constat est déjà proposé par G. Martinico, « Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo », *Questione Giustizia* 1/2019, p. 72. En France, ce sont les travaux proposés par le politiste Yves Mény qui font autorité : avec Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Paris, Fayard, 2000.

⁴⁶ P. Blokker, « Populist Constitutionalism », (ed.) C. de la Torre, *Routledge Handbook of Global Populism*, Routledge, 2018, pp. 113 ; Id., « Populism as a Constitutional Project », *I-Con*, 17, 2019, pp. 536.

⁴⁷ M. Tushnet, « Varieties of Populism », *German Law Journal*, 20 (3), 2019, consultable en ligne : <https://doi.org/10.1017/glj.2019.27>

⁴⁸ O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in *Dictionnaire de philosophie politique*, S. Rials et P. Raynaud (dir.), Paris, PUF, 1996, p.124 (souligné par l'auteur).

⁴⁹ *Ibid.* L'inventivité constitutionnelle latino-américaine repose justement sur la participation du peuple à l'exercice du pouvoir politique et de contrôle de la mise en œuvre du processus constituant.

pluralisme des partis politiques. C'est la raison pour laquelle la participation et la représentation politiques doivent être respectées pour éviter une dénaturation de la constitution, ce qui advient dans un régime illibéral puisque le respect des droits de la minorité politique est bafoué, notamment l'accès à la justice constitutionnelle. Cette dernière est précisément l'une des principales cibles d'un tel régime qui vise à museler les contre-pouvoirs.

Pour autant, les expériences populistes européennes ne disent-elles pas « quelque chose » de l'Europe qui semble échapper à la doctrine du constitutionnalisme populiste ? Cette dernière ne voit que la question de la légitimité et donc le (sous) traitement du peuple et de la souveraineté dans le cadre des relations entre Union européenne et Etats membres. C'est l'aspect « positif » du populisme retenu par les tenants de cette nouvelle doctrine au sens où il informe sur les faiblesses du processus d'intégration européenne (son incapacité à rénover les modes d'organisation et d'exercice du pouvoir). Ils ne peuvent voir « autre chose » en raison de la contestation du constitutionnalisme libéral et de ses piliers formulée par les gouvernants populistes (contre-pouvoirs et droits fondamentaux mal menés, en particulier la liberté d'expression). Les politiques menées par les gouvernements populistes (hongrois et polonais) montrent pourtant autre chose qui en dit beaucoup sur d'autres difficultés rencontrées par les institutions européennes. Les politiques budgétaire et monétaire imposées par ces dernières sont principalement perçues comme une limitation de la souveraineté, mais elles ont aussi des conséquences sur le bien-être⁵⁰ des populations concernées⁵¹. Même si les institutions européennes agissent en faveur de la solidarité et de la justice sociale, ces politiques ne sont pas perçues ou de manière insuffisantes, et trop peu enseignées⁵².

Un parallèle avec le populisme constitutionnel d'origine latino-américaine permet de reconnecter constitution politique et constitution sociale. A l'intérieur du constitutionnalisme du 20^{ème} siècle, cette doctrine

⁵⁰ Le terme de « bien-être » est choisi en référence au principe de « vivre bien » que l'on trouve dans la Constitution bolivienne de 2009 et celle de l'Equateur de 2008. En outre, pour la première fois, la Nouvelle-Zélande a voté en 2019 un « Wellbeing budget ». Sur cette notion dans le contexte latino-américain : V. Audubert, « La notion de *Vivir Bien* en Bolivie et en Equateur », *Cahier des Amériques Latines*, 2017, pp.91 et accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/cal/8287>

⁵¹ Dans la théorie de l'Etat socialiste, les droits sociaux jouaient un rôle important. Ils ont été conservés dans les nouvelles constitutions des Etats d'Europe centrale et orientale : voir le rapport du Parlement européen, *Les droits sociaux fondamentaux en Europe*, Séries affaires sociales, 1999, PE 168.629 ; A. M. Jaron, « Les droits sociaux en Pologne », R.I.D.C., 2-2011, pp. 295. Un seul exemple de la politique sociale du PiS actuellement au pouvoir montre le renforcement de l'Etat providence : un programme d'allocations familiales (« Famille 500 + ») : 500 zlotys par enfant reçus chaque mois sans conditions de ressources). Cette politique est aussi payante sur le plan électoral.

⁵² Voir sur tous ces points, S. Sciarra, « How Social Will Social Europe Be in the 2020s? », *German Law Journal*, 21(1), 2020, pp. 85-89. Accessible en ligne : <https://doi:10.1017/glj.2019.101>

exprime en effet une spécificité dans sa façon de reconnaître les droits sociaux et d'institutionnaliser des politiques sociales en habilitant par la constitution une intervention économique de l'Etat⁵³. Le « constitutionnalisme populiste » d'origine européenne manque sans doute d'épaisseur historique en ignorant la version latino-américaine alors même que le constitutionnalisme du Sud est en mesure d'éclairer avantageusement le constitutionnalisme du Nord. Le populisme constitutionnel d'origine latino-américaine a contribué à « l'émergence d'un Etat social autrefois inexistant, produisant de nouveaux équilibres sociaux ». Carlos Herrera précise que l'on peut « parler d'un populisme constitutionnel comme modalité historique de l'adoption des normes à contenu social dans les Constitutions latino-américaines à partir des années 1930 » et qu'il produit « des ébranlements plus important [que le constitutionnalisme social] dans les structures sociales, surtout dans la redistribution des biens »⁵⁴. Le populisme constitutionnel partage avec le constitutionnalisme social « l'idée que la constitution est un instrument de changement plutôt que de garantie des droits « préexistants » »⁵⁵. Cette idée s'est propagée dans une autre version à partir des années 1990 avec les nouvelles constitutions d'Amérique Latine. La notion d'« Etat de droit social » déjà présente dans la Constitution espagnole de 1978 empruntée à la tradition et à la jurisprudence constitutionnelle allemande a migré vers les Amériques. Par la migration, a été intégré l'apport de la garantie assurée par le juge constitutionnel. Surtout, ce processus de migration s'est réapproprié l'emprunt : les cours constitutionnelles, en particulier la Cour colombienne, ont ainsi développé une jurisprudence favorable à l'effectivité des droits sociaux (alors que la Cour de Karlsruhe laisse le législateur concrétiser le principe d'Etat social). De nouveaux concepts sont apparus dans une structure sociale peu changée et marquée par des pratiques de corruption et de fortes inégalités sociales. Sur la base de ces nouvelles constitutions, a néanmoins été théorisé un constitutionnalisme dit « transformateur » : la constitution étant perçue comme un instrument de la transformation de la société⁵⁶. Le

⁵³ C.M. Herrera, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel » in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, éditions Kimé, 2015, pp. 83.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ On en trouve même un approfondissement dans la jurisprudence récente de la Cour suprême de l'Inde : arrêt *Navtej Johar v Union of India* (SC 6 sept. 2018) § 95-110. J. Fowkes à l'origine de la diffusion de cette terminologie dans le monde anglophone le définit comme un « *aspirational concept* » : autrement dit, un concept à la fois ambitieux et politique. Voir J. FOWKES, « Transformative Constitutionalism and the Global South: The View From South Africa », in A. VON BOGDANDY et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latine America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Cet article est disponible en ligne à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847579

populisme constitutionnel d'origine latino-américaine a toutefois échoué sur un autre aspect du constitutionalisme. La pierre angulaire de cette doctrine est depuis toujours la limitation du pouvoir. Or le populisme constitutionnel ne parvient pas à limiter le pouvoir exécutif, mais le peut-il dès lors que le populisme s'incarne dans un leader qui repousse les limites constitutionnelles ?⁵⁷ Bien que cette doctrine se heurte à une limite bien identifiée⁵⁸, elle n'en permet pas moins une lecture qui offre une autre perspective sur les difficultés rencontrées en Europe. C'est de cette manière que le constitutionnalisme du Sud éclaire le constitutionnalisme du Nord.

Cet éclairage conduit donc à se focaliser sur celui qui assure le leadership dans une démocratie illibérale. Face à l'ouverture des frontières, réelle ou imaginaire, et à la globalisation (y compris l'européanisation) perçue comme niant les différences, un leader populiste tel que le hongrois V. Orban, tient un discours fondé sur un nationalisme à composante identitaire forte. Plus particulièrement, le projet du leader nationaliste est de bâtir le Bassin des Carpates : « Une fois que nous aurons bâti le Bassin des Carpates (...), il nous faudra aussi bâtir l'Europe centrale (...), cette région politique et économique, vaste, forte et sûre de l'Europe que l'on appelle l'Europe centrale (...) [Elle] est une région d'une culture particulière, différente de l'Europe occidentale »⁵⁹. La reterritorialisation se fonde quant à elle sur un besoin d'appartenance et d'enracinement dans un lieu. Précisément, le discours nationaliste et populiste sait répondre à ce besoin ; c'est toute l'ambiguïté du discours populiste. Comment dénoncer le nationalisme et le populisme sans porter atteinte aux valeurs collectives et, au premier chef, au patriotisme ?⁶⁰ Le problème n'est pas nouveau, ni pour l'Europe, ni pour les Etats membres. Les constitutions modernes qui s'adressent avant tout au futur, rencontrent elles aussi des

⁵⁷ Il suffit de penser à l'exemple récent de l'ex-président de la Bolivie Evo Morales : non content d'en être à son troisième mandat présidentiel, il a cherché à obtenir en 2016 de briguer un quatrième mandat en modifiant par référendum la constitution qui n'autorise que deux mandats présidentiels. Bien que la consultation référendaire fût défavorable à la suppression de cette limite constitutionnelle, il l'a obtenue du Tribunal constitutionnel. Mais sa réélection en octobre 2019 étant fortement contestée par des manifestations, il a fini par démissionner ne bénéficiant plus du soutien de l'armée.

⁵⁸ C. M. Herrera, « Le populisme constitutionnel », *A.I.J.C.* Vol.34, 2018, p. 711.

⁵⁹ Dans son discours, V. Orban précise qu'il parle en « pays sicule », faisant une référence historico-ethnique (le groupe des Sicules remonte au moins au XII^e siècle et se trouve apparenté aux Magyars). Discours prononcé lors d'une Université d'été tenue en Transylvanie roumaine, le 28 juillet 2018 et cité par L. Jaume, « Démocratie illibérale, une nouvelle notion ? », *Constitutions*, 2019, p. 181.

⁶⁰ Voir l'avertissement formulé par J.H.H. Weiler, « The European Circumstance and the Politics of Meaning: Not on Bread Alone Doth Man Liveth (Deut. 8:3; Mat 4:4) », *German Law Journal*, 21(1), 2020, pp. 96-99. Accessible en ligne : <https://doi.org/10.1017/glj.2019.103>

difficultés à agréger autour de valeurs communes, n'ayant plus le soutien du « temps mythique »⁶¹. L'Europe est tout autant démunie.

Ces représentations doctrinales ne sont certainement pas exclusives l'une de l'autre. Elles n'épuisent pas non plus le champ des possibles. Cette mise à mal des valeurs sur lesquelles l'Union européenne se fonde, rend visible aussi l'espace public européen et montre une doctrine constitutionnelle transnationale en formation dans la blogosphère: une opinion éclairée qui alerte inlassablement les institutions européennes des transgressions polonaises et hongroises⁶². La formation de cette doctrine européenne montre aussi que le droit n'a pas forcément besoin d'un lieu ou, plus précisément, d'un pays⁶³, mais de valeurs auxquelles les hommes et les femmes croient. Aujourd'hui, les tensions sont toutes aussi grandes qu'à l'époque médiévale où la souveraineté était divisée. Cela explique le succès de la notion d'« espace » au lieu de celle de « territoire »⁶⁴ : « European legal space »⁶⁵, « Space of constitutional interdependence »⁶⁶. Si l'eupéanisation des esprits⁶⁷ est indifférente aux lieux, le droit peut-il se passer définitivement d'un territoire (et le droit de l'Union des territoires nationaux) ? On peut légitimement en douter : la résilience des systèmes juridiques ne doit pas être sous-estimée⁶⁸. Précisément, en réfléchissant à un droit constitutionnel commun, le comparatiste, instruit par la réalité constitutionnelle des Etats membres, ne doit pas hésiter à approfondir les catégories générales telles que l'Etat de droit pour en montrer les limites, mais aussi pour dénoncer l'utilisation frauduleuse du comparatisme par les instances gouvernementales des démocraties illibérales⁶⁹ i.e. l'utilisation de l'argument

⁶¹ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits*, 30-2000, p. 45.

⁶² *Verfassungsblog on constitutional matters* joue un rôle majeur en accueillant notamment les posts de W. Sadurski sur « le coup d'état constitutionnel » en Pologne ou ceux de L. Pech et K.L. Scheppele sur les atteintes à la *Rule of law* en Europe : <https://verfassungsblog.de>

Voir aussi le blog de I-CON et en particulier le message de la part du directeur éditorial, J.H.H. Weiler, à propos de I-CONnect : <http://www.iconnectblog.com/i%2c2%b7connect-letter-from-the-editor-in-chief-of-i%2c2%b7con/>

⁶³ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

⁶⁴ R. Hirschl and A. Shachar, « Spatial statism » 1, *I-CON*, 2019, pp.387.

⁶⁵ Voir en part. J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, CUP, 1999.

⁶⁶ Voir en part. M. Cartabia, « Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling », *German Law Journal*, 2015, 16 (6), pp. 1791. Accessible en ligne : <https://doi:10.1017/S2071832200021349>

⁶⁷ Sur ce processus en formation, voir M.-C. Ponthoreau, « L'eupéanisation des esprits : le rôle du droit (constitutionnel) comparé », in *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, T.1, CEDAM - Kluwer, Padova, 2015, pp.203.

⁶⁸ A. von Bogdandy reconnaît que les juristes se réfèrent toujours à leur communauté scientifique et à leur droit national: in "National legal scholarship in the European legal area – A manifesto" 3, *I-CON*, 2012, p. 625.

⁶⁹ Voir la note n° 40 ci-dessus.

de droit comparé pour justifier une atteinte par la voie normative à la justice constitutionnelle, à l'indépendance de la justice, à la liberté d'expression ou encore à la liberté académique.

Hiroshima mars 2018 – Bordeaux février 2020