

CONCOURS ENM 2017

Droit public

Questions à réponses courtes

1. La protection des libertés publiques pendant l'état d'urgence

L'état d'urgence est un régime faisant provisoirement prévaloir la nécessité de rétablir l'ordre public, gravement menacé par des circonstances exceptionnelles, sur le régime de droit commun des libertés ; il correspond en cela à ces cas « où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues de dieux » (Montesquieu), dans l'espoir d'en pouvoir jouir plus pleinement à l'avenir. Aussi, si le déplacement du curseur vers la sécurité se fait nécessairement au détriment des libertés, ce qui n'est en soit pas contraire à la Constitution, ainsi qu'a pu le juger à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel (ex. : « si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier (...) les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public » – 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, Cédric D.), toute la difficulté est d'opérer ce déplacement sans pour autant remettre en cause l'Etat de droit. Ceci implique que l'octroi de pouvoirs de police supplémentaires aux autorités administratives, propre à l'état d'urgence, ne dégénère pas dans l'arbitraire, et que l'objectif ultime et exclusif d'un tel régime, rétablir l'ordre public en ce qu'il est la condition d'une jouissance effective des libertés – en cela l'état d'urgence est aussi en lui-même une manière, quoiqu'indirecte, de protéger les libertés – ne soit jamais perdu de vue.

Or, le risque est d'autant plus grand que « les textes d'exception sont rarement votés, en France, dans le calme d'une période de stabilité politique » et « c'est fréquemment sous la pression des circonstances que les législateurs délibèrent et leurs actes portent ainsi la marque de leur époque et des besoins auxquels ils ont voulu parer » (R. Drago). Il est donc important de garder à l'esprit que l'état d'urgence n'est jamais *en soi* conforme à l'Etat de droit. Certaines libertés ne sauraient souffrir d'exceptions, et aucune ne peut être *excessivement* limitée. Tout dépend ainsi de ses modalités : les pouvoirs supplémentaires dévolus à l'administration doivent être limités tout à la fois dans leur étendue – la nature de la menace ne justifie pas qu'elle puisse *tout faire* – et dans leur exercice – ceux dont elle dispose doivent être utilisés de manière proportionnée. Les principes de nécessité et de proportionnalité sont donc essentiels dans la protection des libertés publiques, ou de ce qu'il en reste. Ceci requiert l'existence de contre-pouvoirs, et notamment d'un contrôle juridictionnel efficace, qui incombe principalement aux juges constitutionnel et administratif dès lors que l'autorité judiciaire, traditionnellement garante de la liberté individuelle (art. 66 C.), est largement marginalisée sous l'état d'urgence. A ceci s'ajoute l'impérieuse nécessité d'un état d'exception « limité dans le temps et dans l'espace » (ce qui est d'ailleurs aussi un corollaire des principes de nécessité et de proportionnalité), comme n'a cessé de l'affirmer le Conseil d'Etat : il doit rester exceptionnel pour que les mesures exceptionnelles ne se normalisent pas.

C'est à l'aune de ces évidentes exigences que la protection des libertés publiques dans l'état d'urgence doit être appréciée : quoiqu'elles fassent l'objet d'une protection relativement efficace (1), elles n'en demeurent pas moins toujours menacées (2).

I. Une protection relativement efficace

Certes, l'état d'urgence entraîne l'extension des pouvoirs préventifs du ministre de l'intérieur et des préfets, qui peuvent notamment définir des zones de protection ou de sécurité dans lesquelles le séjour des personnes est réglementé, voire interdire le séjour dans tout ou partie d'un département de personnes cherchant à entraver l'action des pouvoirs publics, procéder à des assignations à résidence, interdire des manifestations, ordonner l'interdiction de lieux réunions, ou par exemple effectuer des perquisitions administratives, dans l'objectif toujours de faire face « à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » (article 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955). Ceci ne va toutefois pas sans garanties ni sans contrôles.

S'agissant des garanties, le Conseil d'Etat s'est attaché, dans le cadre de sa fonction consultative, par laquelle il est appelé à émettre un avis sur tout projet de loi relatif à l'état d'urgence, à définir un équilibre acceptable entre la préservation de l'efficacité de l'action administrative et la garanties des droits et libertés fondamentaux. Il a s'est par exemple assuré que le dispositif des assignations à résidence était tempéré dans sa rigueur par des garanties suffisantes, tenant notamment à la limitation de la durée de l'astreinte et du nombre de présentations aux services de police exigé, et à l'obligation d'en réexaminer le régime à chaque prorogation (avis CE du 17 nov. 2015 et du 2 fév. 2016). A ce sujet, il a également enjoint au gouvernement de limiter la durée maximale des assignations à un an en l'absence d'éléments nouveaux. Il a en outre considéré que l'imposition de mesures restrictives de libertés à certaines personnes fichées « S » était contraire à la Constitution et aux engagements internationaux de la France en l'absence d'indices supplémentaires attestant de leur dangerosité. Le régime des perquisitions a enfin été resserré, leur tenue la nuit devant être justifiée par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour, et l'usage de la force pour l'ouverture des lieux par des raisons sérieuses de penser que les occupants sont susceptibles de réagir par un comportement dangereux ou de détruire des éléments matériels (Ass., avis, 6 juillet 2016, *M. Napol et M. Thomas*).

Le Conseil constitutionnel s'est pour sa part prononcé à plusieurs reprises, notamment par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, jugeant par exemple, dans une décision remarquée, que le régime initial autorisant l'exploitation des données informatiques collectées au cours des perquisitions n'était pas entourées de garanties appropriées au regard des exigences du respect de la vie privée, ce qui a conduit le législateur, dans la loi de prorogation du 20 mai 2016, a subordonné l'exploitation de ces données à une autorisation préalable délivrée à la demande du préfet par le juge des référés du tribunal administratif, procédure totalement nouvelle rapprochant sur ce point son office de celui du juge des libertés et de la détention. Plus récemment, il a partiellement censuré la loi du 19 décembre 2016 en ce qu'elle subordonnait la prolongation d'une assignation à résidence au-delà de douze mois à une autorisation préalable du juge des référés du Conseil d'État, ce qui revenait à méconnaître le principe d'impartialité et le droit à un recours effectif car ces dispositions attribuaient en réalité au Conseil d'État la compétence d'autoriser, par une décision définitive et se prononçant sur le fond, une mesure d'assignation à résidence *sur la légalité de laquelle il pourrait devoir se prononcer ultérieurement comme juge de dernier ressort* (16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, *M. Sofiyan I.*).

Ces garanties sont étroitement dépendantes de l'effectivité des contrôles, principalement juridictionnels – et le droit à un recours effectif est en soi une garantie fondamentale –, venant les sanctionner. La définition résolument restrictive de la notion de liberté individuelle par le Conseil constitutionnel et le caractère *administratif* du régime de l'état d'urgence ont certes presque entièrement évincé le juge judiciaire du contrôle, notamment préalable, des mesures prises sur son fondement. Il reste que la juridiction administrative dispose de la procédure efficace¹ et rapide (il doit se prononcer dans un délai de quarante-huit heures), quoique le contrôle soit

¹ Au 12 décembre 2016, « plus de 30 % des assignations à résidence prises au titre de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 et contestées devant le juge des référés des tribunaux administratifs ont cessé d'être appliquées, soit qu'elles aient été suspendues en tout

nécessairement *a posteriori*, du référé-liberté, qui lui permet, « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, (...) [d']ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public (...) aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale.* » (art. L. 521-2 CJA). Afin de faciliter l'exercice de ce recours, le Conseil d'Etat présume par exemple l'urgence dès qu'est en cause une assignation à résidence. Quant à l'intensité du contrôle des mesures de police administrative, en référé comme au fond, il n'est en rien modifié par le contexte de l'état d'urgence : le juge administratif s'assure en permanence que les mesures attaquées sont nécessaires, adaptées et proportionnées. Conformément aux exigences du juge constitutionnel, ce contrôle approfondi a été étendu aux ordres de perquisitions dont il contrôle strictement la motivation (*M. Napol et M. Thomas*, préc.). Les conditions des actions en responsabilité ont également été redéfinies afin de mieux concilier les exigences contradictoires de l'état d'urgence.

II. Des libertés menacées

Les libertés n'en demeurent pas moins constamment menacées dans ce régime d'exception, imposant une vigilance constante de la part de l'ensemble de la société.

Menacées d'abord par le fort pouvoir discrétionnaire dont dispose toujours l'exécutif. Par exemple, l'imprécision des motifs de l'état d'urgence (« *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » ou « *événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »), notablement supérieure à ceux prévus pour l'état de siège ou l'article 16, et l'attribution au Président de la République de la compétence exclusive de le déclarer (ce qui n'était pas le cas dans le texte originel de 1955) en fait un régime entre les mains de l'exécutif et dont l'instauration est difficilement contestable. Le Conseil d'Etat contrôle la décision avec une grande retenue, reconnaissant en la matière le « *large pouvoir d'appréciation* » du chef de l'Etat (14 nov. 2005, *Rolin*) et l'Assemblée nationale chargée de voter sa prorogation au-delà de douze jours subit une pression politique peu propice à l'exercice d'un véritable rôle de contre-pouvoir. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut également confiner à l'arbitraire dans la mesure où le flou règne quant à la nécessité d'un lien direct entre les motifs de la déclaration d'état d'urgence (aujourd'hui, le menace terroriste) et les motifs des décisions prises sur son fondement. Sur ce point, les décisions prises en relation avec les manifestations en marge de la COP21 ont fait grand bruit sans que le Conseil d'Etat ne s'y oppose (ord., 11 déc. 2015, *M. Domenjoud*). Ce sont enfin les motifs des mesures restrictives de liberté qui, assouplis, menacent sérieusement les libertés, un simple « *comportement* » pour lequel il existe des raisons sérieuses « *de penser* » qu'il constitue une « *menace* » pour la sécurité ou l'ordre publics suffisant pour justifier une assignation à résidence, quand les perquisitions administratives doivent être simplement fondées sur « *des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics* ». Ce flou contribue à faciliter l'arbitraire en subjectivisant les appréciations et déplace dangereusement le curseur.

Menacées ensuite par la marginalisation, excessive pour beaucoup, du juge judiciaire, pourtant garant de la liberté individuelle selon la Constitution. Le Conseil constitutionnel y joue une grande part en confinant à l'extrême le champ de la « *liberté individuelle* », qui faisait traditionnellement l'objet d'une interprétation extensive de sa part et comprenait notamment la liberté d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile, le respect de la vie privée ou encore la protection des données personnelles. Certes, le juge administratif s'est acclimaté ces dernières décennies aux exigences nouvelles des droits et libertés fondamentaux, mais l'octroi de pouvoirs supplémentaires à l'administration ne justifiait en rien, *a priori*, un revirement dans l'appréhension de la notion de

ou partie par ce juge, soit qu'elles aient été préventivement abrogées, avant ou après l'audience devant le juge, par le ministre de l'intérieur. En appel devant le Conseil d'Etat, le taux de remise en cause des assignations s'est élevé à 56% » (J.-M. Sauvé, « La protection des libertés et des droits fondamentaux dans le contexte de la menace terroriste »)

liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel a par exemple jugé qu'en principe les assignations à résidence ne portaient pas atteinte à celle-ci, jouant sur la distinction entre limitation et restriction de libertés. Ainsi l'assignation à domicile d'une durée inférieure à douze heures, simple limitation d'une liberté individuelle, ne requiert-elle pas le contrôle du juge judiciaire. *Idem* pour les perquisitions administratives, alors que l'inviolabilité du domicile était autrefois rattachée à l'article 66 (19 fév. 2016, n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme*). Il faut prendre garde à ne pas croire que le juge administratif n'est pas attentif aux libertés ; seulement, et c'est déjà beaucoup, le basculement du contentieux de l'état d'urgence dans la sphère de la justice administrative supprime une garantie fondamentale, le contrôle systématiquement *préalable* des mesures attentatoires à la liberté individuelle.

Menacées enfin par la pression politique qui s'exerce inévitablement sur l'ensemble des acteurs concernés. Elle explique en premier lieu la pérennisation de l'état d'urgence à laquelle nous assistons : le risque politique de son abrogation pour les responsables publiques et la tentation de sa prorogation continue sont trop grands dès lors que, même si tout le monde sait que le risque terroriste ne peut pas être réduit à néant et que le droit commun offre déjà des moyens efficaces pour le limiter, un grave attentat *après retour au régime normal* mettrait gravement en danger et l'exécutif et plus généralement l'autorité de l'État. Or, une durée excessive de l'état d'urgence est en elle-même une atteinte grave aux libertés. Cette pression pèse sur les contre-pouvoirs, aucun ne souhaitant *apparaître* responsable en cas de réalisation de la menace terroriste : c'est pourquoi le législateur est pratiquement impuissant à contenir les velléités de l'exécutif, et le juge souvent frileux dans son contrôle. Les parlementaires n'ont même pas saisi le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi du 20 novembre 2015, confortés par Manuel Valls, alors Premier ministre, qui déclarait très clairement ne pas vouloir soumettre le texte à un quelconque « *risque constitutionnel* » ! Le Conseil constitutionnel n'est pas plus pressé de prendre un tel risque, abandonnant son triple test de proportionnalité sur les *dispositions législatives* relatives à l'état d'urgence et déléguant celui-ci au juge administratif pour chaque mesure administrative prise sur leur fondement.

Nul ne saurait pour le moment, de bonne foi, considérer l'État de droit relégué aux oubliettes. Nul ne saurait non plus nier la menace pesant aujourd'hui sur la France et rechigner à mettre en oeuvre toutes les mesures, à condition qu'elles soient nécessaires, proportionnées, et efficaces au service de la protection de la sécurité publique, ce qui n'empêche pas un débat politique sur la société dans laquelle nous souhaitons vivre. Mais la menace constante pesant sur les libertés du fait de l'état d'urgence ne doit jamais être oubliée, toujours combattue, au risque de s'éveiller un jour sous une forme d'état d'exception permanent que les propositions récentes du nouveau gouvernement semblent destinées à entériner. Dans son discours d'adieu aux Américains, Barack Obama rappelait une idée centrale pour les peuples libres : c'est le peuple qui est toujours responsable de réaliser les principes inscrits dans la Constitution, et les droits et libertés qui y figurent, « *while self-evident, have never been self-executed* ».

2. Modalités et limites de l'expérimentation législative dans la Constitution

« La tradition juridique française, fondée sur le concept et la construction générale appelée à régir des situations particulières et puissamment influencée par l'idée révolutionnaire d'égalité explique qu'on ait longtemps attendu avant d'imaginer pouvoir laisser jouer, fût-ce temporairement et pour les besoins d'une expérience, des règles qui ne seraient pas uniformément applicables à la généralité des citoyens » (J.-H. Stahl, RJEP n°681, déc. 2010, étude 11). Il reste que dès avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, l'expérimentation législative, qu'elle soit temporelle ou spatiale et temporelle, avait été elle-même largement expérimentée (ex. loi Veil sur l'IVG ; loi du 4 janvier 1978 procédant à une expérimentation de la tarification des frais médicaux et de la nouvelle procédure budgétaire des hôpitaux dans six centres hospitaliers, pérennisée en 1983 ; loi du 1^{er} décembre 1988, pour la création du RMI, précédée d'expériences menées par certains départements), la tâtonnement, l'adaptation, la mise en œuvre progressive et réfléchie d'un nouveau dispositif étant souvent apparus nécessaires, soit pour améliorer la qualité de la loi, soit pour progressivement acclimater les esprits à sa nouveauté et rendre son instauration politiquement moins sensible.

La jurisprudence bienveillante du Conseil constitutionnel aurait pu conduire à juger superflue l'introduction des articles 37-1 et 72, al. 4 dans la Constitution, si ce n'était le coup d'arrêt de l'interdiction faite au législateur d'autoriser la Corse à prendre des mesures expérimentales relevant du domaine de la loi (2001-454 DC du 17 janvier 2002). La dévolution à une collectivité particulière d'une partie du pouvoir législatif ayant été censurée (et non l'expérimentation elle-même), le nouvel alinéa 4 de l'article 72 autorise désormais, sous certaines réserves, le législateur à habiliter les collectivités territoriales à déroger à titre expérimental aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Le lacunaire article 37-1 n'ajoute rien pour sa part à la jurisprudence constante du juge constitutionnel, ayant seulement fait office de précaution prise par le constituant pour que celle-ci ne soit pas jugée dorénavant obsolète par une interprétation *a contrario* du nouvel article 72.

Ces dispositions autorisent donc explicitement, pour les besoins de l'expérimentation, des dérogations au principe d'égalité. Elles font ainsi logiquement l'objet d'un encadrement qui, visant à concilier ces exigences contradictoires, varie toutefois selon le dispositif considéré, au risque de ne pas toujours placer le curseur au même endroit. Notons que l'expérimentation législative demeure en tout état de cause mal compatible avec certaines réformes, du fait de leur domaine ou des particularités du temps politique.

I. Modalités

La distinction des régimes des articles 37-1 et 72 al. 4 repose non sur l'objet des expérimentations envisagées – peu importe à ce titre que l'expérimentation intéresse ou non les collectivités territoriales – mais sur le titulaire du pouvoir de déroger : dans le premier cas, c'est le législateur lui-même qui déroge, dans le second il délègue exceptionnellement à une collectivité ce pouvoir, qui doit toutefois être mis en œuvre dans un domaine où celles-ci exercent traditionnellement leurs compétences. Ainsi s'expliquent les différences dans l'encadrement des deux dispositifs.

S'agissant de l'article 37-1, le texte précise prescrit seulement de fixer à l'expérimentation un objet et une durée limités (mais nommerait-on expérimentation une disposition générale et pérenne ?). Le législateur doit ainsi fixer à la mesure un terme explicite, sous peine de censure par le juge constitutionnel, et il ne peut sans se rendre coupable d'incompétence négative déléguer cette tâche au pouvoir réglementaire. La nature et la portée de l'expérimentation doivent également être précisées, la jurisprudence du conseil n'ayant sur ce point pas varié depuis la révision constitutionnelle de 2003, si ce n'est pour préciser que les expérimentations ne sauraient

méconnaître « *les autres exigences de valeur constitutionnelles* », par exemple celles tenant à la compétence normative. On le voit, les garanties sont minimales : réunies, elles rendent pratiquement inopérant le moyen tiré de la violation du principe d'égalité, même en matière pénale (ainsi la décision n° 2011-635 DC autorisant les dispositions expérimentales relatives à la participation des citoyens assesseurs au jugement de certaines affaires pénales, qui ne s'appliquaient que dans certaines cours d'appel), sauf si la différenciation à vocation à se pérenniser : le Conseil constitutionnel a ainsi censuré la loi de 2015 faisant bénéficier les consommateurs de produits stupéfiants d'une immunité pénale lorsqu'ils se trouvaient dans une salle de shoot, car l'éventuelle généralisation de cette expérimentation aurait conduit à pérenniser une différence de traitement injustifiée entre consommateurs dans et hors de ces salles. Mais au fond le caractère expérimentale ou non de la mesure était ici indifférent, car elle aurait été tout aussi inconstitutionnelle prise sur le fondement de l'article 34. L'absence de limites de fond dans le texte de l'article 37-1 semble ainsi faire une place très restreinte au principe d'égalité, notamment lorsque sont en cause les libertés fondamentales, le contrôle se faisant au cas par cas, sur la base de la prescription jurisprudentielle tenant au respect des « *autres exigences de valeur constitutionnelle* », au sujet de laquelle le juge a peu eu l'occasion de se prononcer.

Le régime de l'article 72, dans lequel les conditions tenant à l'objet et à la durée demeurent, est sensiblement plus exigeant. Deux limites tenant au champ des mesures en cause sont d'abord fixées : les expérimentations sont interdites « *lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* », ce qui fait écho à la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel proscrivant en toute hypothèse que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice d'une liberté dépendent de décisions des collectivités territoriales et puissent ainsi n'être pas les mêmes sur l'ensemble du territoire. Aussi, elles ne sauraient mener celles-ci à exercer un pouvoir normatif dérogatoire dans un domaine relevant de la compétence de l'Etat. Il faut également noter que l'expérimentation ne peut jamais être à l'initiative d'une collectivité : celle-ci doit toujours être habilitée, par le législateur ou par le pouvoir réglementaire, « *selon les cas* », c'est-à-dire selon que le champ de l'expérimentation est compris dans la compétence du premier ou du second. Le législateur organique a enfin ajouté au texte constitutionnel des conditions consacrées aux articles LO. 1113-1 et s. du code général des collectivités territoriales : le législateur doit notamment mentionner les dispositions législatives auxquelles il pourra être dérogé ; il doit préciser le type de collectivité appelée à expérimenter, chacune de celles entrant dans le champ de l'expérimentation disposant toutefois d'un droit à participer si elle le demande (LO. 1113-2 CGCT), ce qui distingue ce régime du précédent, dans lequel le législateur désigne unilatéralement l'échantillon expérimental ; les délibérations des collectivités dérogeant à la loi doivent être nécessairement transmises au représentant de l'Etat, qui dispose alors d'une voie de recours spéciale et suspensive devant le tribunal administratif ; un rapport d'évaluation doit être dans tous les cas adressé au Parlement lorsque l'expérimentation arrive à son terme.

II. Limites

Les limites de ces dispositifs doivent être appréciées au regard de leur objectif principal : mieux légiférer, mieux adapter la loi aux réalités empiriques afin d'améliorer son efficacité. A cet égard, tout jugement ne peut qu'être nuancé.

Assurément, les expérimentations fondées sur l'article 37-1 ont été relativement nombreuses et ont souvent débouché sur des réalisations pérennes : ainsi en matière d'entretien professionnel dans la fonction publique, de création d'EPCI à fiscalité propre pour la mise en œuvre du droit au logement opposable, de contrôle médical des arrêts de travail ou encore de communication des écritures devant la juridiction administrative, quoiqu'il s'agisse là d'une expérimentation réglementaire. Une seule expérimentation a été mise en œuvre sur le fondement de l'article 72 : la réforme des minima sociaux et notamment le RSA, inscrite dans la loi du 21 août 2007, généralisée dès la loi de 1^{er} décembre 2008, sans donc attendre le terme de l'expérimentation, qui n'en a

donc pas vraiment été une. L'extrême rareté de son utilisation interroge sur sa lourdeur : à trop l'encadrer, il semble que le constituant en ait considérablement réduit la portée, voire l'ait tout simplement tuée. La forme majeure de l'expérimentation est bien celle de l'article 37-1.

L'expérimentation semble en tout état de cause cantonnée à certains domaines : par exemple en matière sociale, d'organisation et de fonctionnement des administrations ou des juridictions. Elles se révèlent particulièrement utiles lorsqu'une forte inertie s'oppose à la réforme et que le retour d'expérience s'avère particulièrement précieux. A l'inverse, comme l'écrit J.-H. Stahl, « *les droits et libertés se conquièrent et ne s'expérimentent pas ; les réformes politiques d'envergure ou de long terme ne se prêtent pas davantage à un traitement expérimental* », à ceci près que les réformes d'envergure peuvent bénéficier de l'effet d'acclimatation et de dédramatisation que permet l'expérimentation. En atténuant d'abord la portée d'une réforme, on la fait accepter plus aisément, et cette instrumentalisation du dispositif par le pouvoir politique ne permet pas moins d'améliorer l'acceptabilité de la loi nouvelle et donc son efficacité.

La limite principale à la démarche expérimentale lui est enfin peut-être totalement exogène : c'est le « *rapport politique au temps* » (Stahl), le raccourcissement continu du temps de la décision politique s'avérant peu compatible avec la patience que requiert la démarche expérimentale. Agir vite est en démocratie souvent plus payant, et donc tentant, qu'agir bien.

3. La mise en cause de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement

Quoiqu'indubitablement parlementaire, dès lors que l'article 20 de la Constitution énonce sans ambages que le gouvernement est « *responsable devant le Parlement* », la Vème République a largement neutralisé cette responsabilité qui suppose en bonne logique que le gouvernement puisse être *effectivement forcé à démissionner*. En effet, la mise en cause de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement est strictement encadrée par les articles 49 et 50, qui empêchent l'expression par ceux-ci de réserves, de critiques ou de réticences à l'égard du gouvernement par des votes strictement politiques, fréquents sous les républiques antérieures avec lesquelles le constituant de 1958 a précisément voulu rompre.

La question de confiance (49, al. 1), la motion de censure (49, al. 2), le « 49-3 » et la déclaration au Sénat (49, al. 4), seules voies par lesquelles peut être mise en cause la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, expriment à ce titre l'essence même du parlementarisme rationalisé qui vise à éviter l'instabilité gouvernementale chronique des régimes précédents. Un seul gouvernement, le premier de Georges Pompidou, en 1962, a été renversé, ce qui suffit à nuancer l'idée d'une responsabilité gouvernementale dans son acception la plus classique. Si, donc, et c'est l'une des mutations les plus importantes du parlementarisme moderne (allemand notamment), la mise en cause de leur responsabilité n'est plus *un mode normal de fin des gouvernements*, les dispositions de l'article 49 n'en sont pas pour autant inutiles : elles servent bien souvent, selon les cas, de tous autres objectifs politiques, qu'elles soient brandies par l'opposition ou par le gouvernement lui-même.

Rationalisée (1), la mise en cause de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement est ainsi largement détournée (2).

I. Une responsabilité gouvernementale rationalisée

Le gouvernement peut mettre lui-même en cause sa responsabilité devant le Parlement.

C'est d'abord le cas lorsque sur le fondement du premier alinéa de l'article 49 il pose à l'Assemblée nationale la question de confiance. C'est alors le Premier ministre qui est exclusivement à l'initiative, « *après délibération du Conseil des ministres* », ce qui est une condition bien peu contraignante dès lors qu'elle n'implique nullement son autorisation et qu'une simple évocation suffit en théorie. Peu contraignant, le texte l'est aussi d'une part quant à au contenu et à la forme de l'allocution, qui peut aussi bien être ce qu'il est convenu d'appeler une déclaration de politique générale ou l'exposé d'un programme, sans avoir jamais empêché le Premier ministre de n'évoquer en réalité qu'un aspect de sa politique (ainsi par exemple Michel Rocard en 1991 au moment de la guerre du Golfe) ; d'autre part, quant au moment de son utilisation, l'impératif (« *engage* ») n'imposant pas nécessairement, malgré les discussions doctrinales sur ce point, que la question de confiance soit posée, ni en début de mandat, ni à tout autre moment.

C'est ensuite lorsque le Premier ministre, encore lui, décide d'engager la responsabilité du gouvernement sur un texte particulier (49, al. 3). Il pose en quelques sortes une « question de confiance sur le texte ». Ce dispositif combine la question de confiance et la motion de censure : au moment où il est invoqué, le débat parlementaire s'interrompt et l'initiative est alors laissée à l'opposition. Si celle-ci n'agit pas, le texte est automatiquement adopté (au stade de la procédure législative où il se trouve seulement évidemment), mais elle peut également déposer une motion de censure, qui sera alors soumise à la procédure de l'alinéa 2. L'Assemblée se prononcera par conséquent sur la motion et non plus sur le texte, qui ne sera adoptée que si une majorité absolue de députés l'approuve, et le gouvernement sera alors renversé. Jamais l'utilisation du « 49-3 » n'a débouché sur une telle issue.

Enfin, mais la mise en cause est alors purement politique, voire anecdotique, le Premier ministre peut décider de soumettre à l'approbation du Sénat, qui n'a en tout état de cause jamais le pouvoir de renverser un Gouvernement, une déclaration de politique générale.

L'initiative appartient parfois au Parlement lui-même. L'instrument est ici la motion de censure qui est un pouvoir octroyé aux députés pour qu'ils puissent faire savoir au Gouvernement que celui-ci n'a pas leur confiance. L'alinéa 2 permet son utilisation spontanée (mais elle n'est alors pas différente de celle éventuellement déposée lorsque le Premier ministre fait usage du 49-3). Elle n'est recevable qu'à condition qu'un dixième des membres de l'Assemblée l'aient signée. Elle est ensuite discutée et mise au voix après un délai de quarante-huit heures. Une majorité absolue est requise pour son adoption qui entraînerait alors l'application de l'article 50.

II. Une responsabilité gouvernementale détournée

Comme il a déjà été dit plus haut, seul un gouvernement a été forcé de démissionner sous la Vème République. Pourtant, l'ombre portée des articles 49 et 50 de la Constitution est partout. La menace de la motion de censure, loin d'être platonique quoiqu'elle ne se réalise jamais, est bien celle qui oblige en toutes circonstances le Président de la république à choisir un Premier ministre accepté par la majorité parlementaire, ce que nulle disposition, et notamment pas l'article 11, ne lui impose explicitement. Mais la mise en cause de la responsabilité gouvernementale a semble-t-il surtout servi, depuis 1958, à autre chose qu'à renverser le gouvernement ; on pourrait aller jusqu'à dire que tout est fait pour qu'elle soit une arme à son service beaucoup plus qu'un couperet toujours prêt à tomber dès lors que sa politique s'écarterait par trop des préférences du Parlement.

La structure institutionnelle de la Vème République y est pour beaucoup, la très forte légitimité présidentielle qui protège le gouvernement liant les parlementaires de sa majorité, aussi peu solide soit-elle, à son destin : le risque est trop grand pour eux, s'ils décidaient de renverser le gouvernement, de perdre leur siège à la suite de la dissolution de l'Assemblée qui ne manquerait d'intervenir. Aussi, l'article 49 est plein de subtilités propres à rendre improbable un renversement. Par exemple, à défaut de prévisions contraires expresses, seule une majorité relative est requise pour l'approbation de la déclaration de politique générale et le Premier ministre, maître de son calendrier, a toujours les moyens soit de choisir le moment opportun pour la prononcer, soit de ne pas la prononcer du tout. Pour la motion de censure, qu'elle soit déposée spontanément ou après invocation du « 49-3 », l'astuce a consisté à ne recenser que les suffrages favorables à la censure, c'est-à-dire que ne votent que ceux qui veulent la chute du Gouvernement. Ceci a pour conséquence, d'une part, que l'abstention lui profite, d'autre part que ce n'est pas au Premier ministre de prouver qu'il est soutenu mais à l'opposition de démontrer qu'elle réunit la majorité absolue des députés, ce qui n'est jamais une mince affaire, étant donné notamment son éparpillement probable.

De plus, la mise en cause de sa responsabilité se retourne-elle souvent contre le Parlement, ou au moins contre l'opposition. La question de confiance sur un texte est ici emblématique : en engageant sa responsabilité, le Premier ministre déplace le débat du texte qui aurait dû être discutée vers sa propre survie. Les députés se retrouvent face à l'alternative insatisfaisante de se résigner ou de provoquer une grave crise qui met en péril leur siège. L'arme est d'autant plus puissante qu'elle est fréquemment utilisée et détournée de son objectif premier, qui était de soutenir exceptionnellement des gouvernements fragiles, afin non pas de conclure un débat mais d'y couper court, afin de soulager les députés de la majorité de leur responsabilité alors qu'elle devait les y confronter. A cela s'ajoute la diffusion de l'idée nauséabonde en démocratie que les députés ne servent à rien, dès lors que le Gouvernement pourra toujours avoir le dernier mot, à la seule limite que le Premier ministre ne peut, depuis 2008, utiliser le « 49-3 » sur un texte ordinaire qu'une fois par session.

En définitive donc, outre le passage en force de textes impopulaires (que la rue, elle, n'est toutefois pas tenue d'accepter, comme Dominique de Villepin en fit l'expérience pour le CPE, texte sur lequel il avait utilisé le « 49-3 »), les dispositions combinées des articles 20, 49 et 50 de la Constitution servent « *tantôt à marquer symboliquement la solidarité entre une majorité nouvelle et un gouvernement, tantôt à contraindre une majorité divisée ou rétive à se ressaisir, tantôt à conforter sa position, tantôt – mais c'est rare – à permettre aux députés de se prononcer sur un choix stratégique décisif* » (G. Carcassonne), ainsi Pierre Mauroy en 1982. L'opposition n'est pas en reste qui peut user de la motion de censure dans l'objectif, réduit mais non pas sans importance, de provoquer un débat, ou pour simplement compter ses rangs et tester son unité.

Si c'est donc rarement le Parlement qui tient entre ses mains le sort du gouvernement, les dispositifs étudiés n'en ont pas moins le mérite de vivre et d'imprimer leur marque sur le jeu institutionnel. Rien ne dit non plus qu'ils soient figés, et les réformes constitutionnelles à venir en modifieront peut-être la fonction, en traduisant par exemple en droit français la censure constructive allemande.