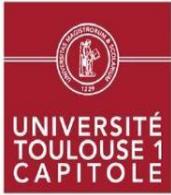


## Droit constitutionnel



Cours magistral du Pr. TOUZEIL-DIVINA

Equipe pédagogique :

M. Jérémy AVERBUJ, M. Marc BONNET, M. Jordan CHEKROUN,  
Mme Amélie GUICHET, M. Adrien PECH & Mme Clarisse VARO-RUEDA.



Année universitaire 2021-2022

### TD 04 / UNE V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE

#### VOCABULAIRE :

- Démocratie(s)
- Régime représentatif
- Séparation des pouvoirs
- Responsabilité politique
- Constitution européenne & Européanisation(s)

#### PERSONNALITÉ : JEAN JAURÈS (1859-1914)



#### DOCUMENTS :

- 1) *L'Education Laïque* (JAURÈS 1904) ;
- 2) *Le referendum* (MATHIEU 2018) ;
- 3) *Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie* (ROUSSEAU 2014) ;
- 4) Conseil constitutionnel, 15 octobre 2021, *Société Air France*, décision n° 2021-940 QPC ;
- 5) *Étude annuelle du Conseil d'État 2021, Les états d'urgence : La démocratie sous contraintes.*

#### RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES :

- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principe du droit politique*, Livre III, Chapitre XV, 1762 ;
- ROUSSEAU Dominique (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1995 ;
- BERTAND Mathieu, *Le droit contre la démocratie* ; Paris, LGDJ, 2017 ;
- SEBAG Laurent, « La démocratie électorale à l'épreuve de la crise sanitaire (Covid-19) » in *AJCT*, 2020, p. 467 ;
- PERRINEAU Pascal, « Le grand débat national : la démocratie participative à grande échelle » in *Pouvoirs*, 2020/4, n°175, p. 113 et s.

#### EXERCICE :

A l'aide de vos connaissances et des documents fournis,  
vous commenterez le document 5.

## PERSONNALITÉ – JEAN JAURÈS (1859-1914)



### (Auguste Marie Joseph) Jean JAURÈS

JAURÈS n'a pas été un homme politique comme les autres. Son combat pour le(s) Droit(s) est exemplaire entre promotions de l'Égalité et du Droit (I et II).

### I. Replacer l'Égalité au cœur de la République

Né à Castres le 03 septembre 1859 et assassiné, à Paris, au désormais célèbre *café du croissant* le 31 juillet 1914 par un étudiant nationaliste dénommé Raoul VILLAIN (1885-1936), Jean JAURÈS était originaire d'une famille bourgeoise du Tarn. Normalien, agrégé de philosophie, il enseigna d'abord en lycée à Albi. Sans être bigot, il eut un rapport distant (croyant en la liberté religieuse et aux vertus de la tolérance) mais réel avec la foi catholique ce qui lui sera d'ailleurs reproché de la part de socialistes anticléricaux (en particulier lors du vote, en 1905, de la Loi dite de laïcité). Doté d'une plume et d'un talent oratoire d'exception, il s'engagea rapidement en politique et collabora à de nombreux journaux (comme la *Dépêche* de Toulouse puis *la petite République* et dans le quotidien qu'il fondera en 1904 avec Léon BLUM (1872-1950) : *l'Humanité*).



L'humain est en effet au cœur des préoccupations de JAURÈS au même titre que l'Égalité et la République. Il existe de nombreux témoignages de ces combats en faveur d'une Égalité définie comme consubstantielle à l'idée de démocratie. Ainsi, lorsque JAURÈS défendit une répartition plus équitable de l'impôt ; lorsqu'il se plaça du côté des ouvriers lors de grèves en faveur de la « *question sociale* » (son discours pour les mineurs de Carmaux (1892) en est resté célèbre), lorsqu'il milita pour le droit de grève et de syndicat des fonctionnaires, lorsqu'il se prononça en faveur des scrutins à la proportionnelle, lorsqu'il s'engagea comme *dreyfusard*, lorsqu'il refusa la peine de mort ou encore dans certaines prises de positions féministes. Parmi ces combats, l'un d'eux est singulièrement frappant (car rare à cette époque) : celui de sa défense des habitants (qualifiés à l'époque d'autochtones) des colonies françaises. En effet, après avoir suivi le mouvement impérialiste et colonialiste, JAURÈS – au nom de l'Égalité – fit partie de la minorité des politiques le dénonçant. Ses positions contre la présence française et le protectorat au Maroc furent les suivantes : « *Vous pourrez traverser ces pays, les dévaster, les razzier, vous pourrez exaspérer des hommes, mais vous ne pourrez pas leur faire dire : nous sommes soumis indéfiniment* ». On en trouve une autre



manifestation concrète lorsqu'il s'engagea personnellement pour dénoncer les expulsions en faveur du colon de Tunisie, Basilio COUTEAS (1845-1928), qui avait fait main basse sur des terres et qui sera, quant à lui, indemnisé par le Conseil d'Etat dans une célèbre jurisprudence éponyme (CE, 30 novembre 1923). La démocratie, affirmait-il (*l'Humanité*, 02 août 1904) ne « *s'appuie que sur l'égalité des personnes* ».

## II. Renforcer le Droit par un réformisme révolutionnaire

Enseignant, journaliste, JAURÈS est aussi connu pour avoir été conseiller municipal (à Toulouse) et député (le plus jeune de France en 1885). Il a ainsi remporté de nombreux mandats et siégé avec les non-inscrits puis au sein du groupe socialiste. Il s'y définira comme un « *Républicain socialiste* » et l'une de ses missions (outre sa lutte contre l'antiparlementarisme) sera précisément celle d'un rassembleur puisqu'il est, tel MITTERRAND (1916-1996), celui qui parvint à fédérer les siens en organisant, en 1905, l'Unité tant recherchée et ce, à travers la constitution du Parti Socialiste (Ps), Section Française de l'Internationale Ouvrière (SFIO). JAURÈS va également se battre en faveur de ce qu'il va nommer (après MARX (1818-1883)) une « *évolution révolutionnaire* » (*sic*) c'est-à-dire un courant fédérant à la fois les socialistes démocrates acquis à la seule réforme parlementaire et ceux, révolutionnaires, davantage convaincus par les thèses communistes et par HEGEL (1770-1831) qu'il affectionnait particulièrement. Enfin, JAURÈS était viscéralement pacifiste et cherchait à ce que le Droit (et non la force et les passions) régule les relations interétatiques. Cette ligne de conduite, affirmée et réaffirmée au fil des pages de son *Humanité* lui coûteront cependant la vie. Sa dépouille repose aujourd'hui au Panthéon. Si l'on peut alors dire de MITTERRAND qu'il fut le premier Président socialiste français et de BLUM le premier chef du gouvernement de cette même couleur politique, JAURÈS fut manifestement leur guide et le premier à avoir réussi à faire cohabiter en France les idées (alors antinomiques pour beaucoup) de démocratie, de République, de révolution(s) et de transformation(s). A propos d'Europe, enfin, il disait en 1898 : « *Nous savons que dans l'état présent (...), les nations distinctes et autonomes sont la condition de la liberté humaine et du progrès humain. Tant que le prolétariat international ne sera pas assez organisé pour amener l'Europe à l'état d'unité, l'Europe ne pourra être unifiée que par une sorte de césarisme monstrueux, par un saint empire capitaliste qui écraserait à la fois les fiertés nationales et les revendications prolétariennes. Nous ne voulons pas d'une domesticité internationale. Nous voulons l'Internationale de la liberté, de la Justice et du droit ouvrier* ».



Source : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Dictionnaire de droit public interne* ; Paris, LexisNexis ; 2017.

## DOCUMENT 01 – EXTRAIT DE JEAN JAURÈS, « L'ÉDUCATION LAÏQUE » ; DISCOURS DE CASTRES ; L'HUMANITÉ, 2 AOÛT 1904 ;

---

Le citoyen JAURÈS a présidé samedi à Castres la distribution des prix aux élèves des écoles laïques de cette ville.

Il a prononcé à cette occasion le discours suivant

[...]

« Qu'est-ce que la démocratie ?



Démocratie et laïcité sont deux termes identiques. Qu'est-ce que la démocratie ? Royer-Collard, qui a restreint arbitrairement l'application du principe, mais qui a vu excellemment le principe même, en a donné la définition décisive. « La démocratie n'est autre chose que l'égalité des droits. » Or, il n'y a pas égalité des droits si l'attachement de tel ou tel citoyen à telle ou telle croyance, à telle ou telle religion, est pour lui une cause de privilège ou une cause de disgrâce. Dans 'aucun des actes de la vie civile, politique ou sociale, la démocratie ne fait intervenir, légalement la question religieuse. Elle respecte, elle assure l'entière et nécessaire liberté de toutes les consciences, de toutes les croyances, de tous les cultes, mais elle ne fait d'aucun dogme la règle et le fondement de la vie sociale. Elle ne demande pas à l'enfant qui vient de naître, et pour reconnaître son droit à la vie, à quelle confession il appartient, et elle ne l'inscrit d'office dans aucune Eglise. Elle ne demande pas aux citoyens, quand ils veulent fonder une famille, et pour leur reconnaître et leur garantir tous les droits qui se rattachent à la famille, quelle religion ils mettent à la base de leur foyer, ni s'ils y en mettent une. Elle ne demande pas au citoyen, quand il veut faire, pour sa part, acte de souveraineté, et déposer son bulletin dans l'urne, quel est son culte et s'il en a un. Elle n'exige pas des justiciables qui viennent demander à ses juges d'arbitrer entre eux, qu'ils reconnaissent, outre le Code civil, un Code religieux et confessionnel Elle n'interdit point l'accès de la propriété, la pratique de tel ou tel métier à ceux qui refusent de signer tel ou tel formulaire et d'avouer telle ou telle orthodoxie. Elle protège également la dignité de toutes les funérailles, sans rechercher si ceux qui passent ont attesté avant de mourir leur espérance immortelle, ou si, satisfaits de la tâche accomplie, ils ont accepté la mort comme le suprême et légitime repos. Et quand sonne le tocsin de la patrie en danger, la démocratie envoie tous ses fils, tous ses citoyens affronter sur les mêmes champs de bataille le même péril, sans se demander si, contre l'angoisse de la mort qui plane, ils chercheront au fond de leur cœur un recours dans les promesses d'immortalité chrétienne ou s'ils ne feront appel qu'à cette magnanimité sociale par où l'individu se subordonne et se sacrifie à un idéal supérieur, et à cette magnanimité naturelle qui méprise la peur de la mort comme la plus dégradante servitude.

La laïcité, condition nécessaire de la démocratie

Mais qu'est-ce à dire ? Et si la démocratie fonde en dehors de tout système religieux toutes ses institutions, tout son droit politique et social, famille, patrie, propriété souveraineté, si elle ne s'appuie que sur l'égalité des personnes humaines appelées aux mêmes droits et invitées à un respect réciproque, si elle se dirige sans aucune intervention dogmatique et surnaturelle par les seules lumières de la conscience et de la science, si elle n'attend le progrès que du progrès de la conscience et de la science, c'est-à-dire d'une interprétation plus hardie du droit des personnes et d'une plus efficace domination de l'esprit sur la nature, j'ai bien le droit de dire qu'elle est foncièrement laïque, laïque dans son essence comme dans ses formes, dans son principe comme dans ses institutions, et dans sa morale comme dans son économie. Ou plutôt j'ai le droit de répéter que démocratie et laïcité sont identiques. [...] »

**DOCUMENT 02 – EXTRAIT DE BERTRAND MATHIEU, « LE RÉFÉRENDUM, LA  
VÈME RÉPUBLIQUE ET LA DÉMOCRATIE » ; REVUE POLITIQUE ET  
PARLEMENTAIRE ; N°1085-1086 ; 28 JUN 2018 ;**

---

Revivifier la démocratie par le recours au référendum ?

Face à une incontestable crise de la démocratie représentative dont les facteurs sont multiples<sup>1</sup>, il convient incontestablement de prendre des mesures propres à combattre le sentiment d'impuissance, de découragement, qui saisit nombre de citoyens. Il y a deux catégories de citoyens. Ceux qui participent au pouvoir, ou à l'apparence du pouvoir, qu'il soit médiatique, juridictionnel, institutionnel, économique, financier, intellectuel, culturel, voire quasiment mafieux comme celui qui alimente les trafics dans ce que l'on appelle curieusement les « cités », alors que l'idée de citoyenneté leur est étrangère. Il s'agit d'une élite qui est « branchée » sur les réseaux de communication, s'inscrit dans des échanges mondialisés. Il y a aussi les citoyens de la périphérie<sup>2</sup>. Ils ne participent directement à aucune de ces formes de pouvoir, ils sont, peu à peu, marginalisés. Or ce sont ces citoyens qui constituent aussi les forces vives de la nation, la partie immergée de l'iceberg. C'est pour eux que l'effort de démocratisation est le plus nécessaire. La question se pose de savoir si le recours au référendum peut être l'un des instruments de ce renouveau de la démocratie.

Le développement du recours au référendum peut être conçu comme un instrument de démocratie participative. Deux outils ont été mis en place à cette fin, le référendum, improprement appelé d'initiative populaire, et le référendum local.

Le référendum d'initiative populaire a été inscrit dans la Constitution par la révision constitutionnelle de 2008. En réalité l'initiative de ce référendum appartient à un cinquième des membres du Parlement soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales (soit environ 4,5 millions). Il a fallu attendre plus de cinq ans pour que soit adoptée une loi organique permettant la mise en œuvre de ces dispositions (loi organique du 6 décembre 2013). C'est en fait un référendum d'initiative mixte. Le référendum ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. La conformité de la proposition à la Constitution est obligatoirement appréciée par le Conseil constitutionnel. En revanche, si dans un délai de six mois la proposition n'a pas été examinée par les deux assemblées parlementaires, le président de la République doit soumettre la proposition à référendum. L'initiative est en réalité parlementaire, l'intervention du peuple est particulièrement encadrée et la portée de la demande est particulièrement limitée. Cette procédure qui traduit encore la méfiance des élites vis-à-vis du peuple explique par elle-même ce qui peut être considéré aujourd'hui comme un échec.

La démocratie participative est probablement un instrument peu adapté, de manière générale, à la prise de décision au niveau national. En revanche le référendum peut contribuer à développer une démocratie participative locale.

Ainsi, l'article 72-1 de la Constitution prévoit, notamment, la possibilité de recourir à un référendum décisionnel local. L'exécutif de la collectivité, une partie des membres de l'Assemblée délibérante, mais aussi un cinquième (dans les communes), ou le dixième (dans les autres collectivités) des électeurs, disposent de l'initiative de la décision de recourir au référendum. La décision est prise par l'Assemblée délibérante. Pour acquérir valeur décisionnelle, le référendum doit obtenir une participation de la moitié au moins des électeurs inscrits. Il existe aussi la possibilité de recourir à un référendum consultatif, mais cette modalité de consultation de la population est ambiguë car, si le résultat du vote n'emporte pas de conséquences juridiques, il ne peut être politiquement écarté, sauf à créer le sentiment d'un déni de démocratie. De ce point de vue, la décision du gouvernement, de renoncer à la construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, alors que les électeurs s'étaient prononcés, à l'occasion d'un référendum local sur ce projet qui avait obtenu plus de 55 % des voix en sa faveur, traduit, quelle que soit son opportunité, un détournement de démocratie. Le référendum local devrait en réalité répondre essentiellement à une logique ascendante, c'est-à-dire à une initiative populaire.

La question se pose également du renforcement du recours au référendum décisionnel comme instrument de démocratie directe au niveau national.

Le référendum a fait un retour notable dans la pratique politique des États européens, référendum grec sur la politique d'austérité, référendum hollandais sur le projet d'accord entre l'Union européenne et l'Ukraine, référendum britannique sur l'appartenance à l'Union européenne, référendum hongrois sur

l'immigration, référendum italien sur la réforme de la Constitution... Incontestablement, les résultats de ces référendums démontrent le fossé qui s'est creusé entre le peuple et ses dirigeants, mais aussi entre le peuple et l'Europe.

Faut-il alors considérer le référendum comme un danger ou comme une solution<sup>3</sup> ? Il peut être l'un et l'autre. Le référendum est un outil qui, par son caractère binaire, sa force et la brutalité de son résultat peut être dangereux, s'il est utilisé, par exemple dans un contexte émotionnel. Face au déni de démocratie et de souveraineté qui se manifeste partout en Europe, utilisé comme instrument politique, il permet aux gouvernements de canaliser la colère latente des citoyens vers un repli nationaliste qui constitue une impasse. Mais continuer à faire l'impasse sur cette révolte sourde, en privant le peuple de la possibilité de s'exprimer, c'est courir le danger d'une explosion dont personne ne peut prédire les péripéties et les conséquences.

Revivifier la démocratie c'est revenir à son sens premier, rendre la parole au peuple. Le référendum est un outil de démocratie directe, dans un système qui par nature éloigne les citoyens des mécanismes de décision. C'est un moment de respiration démocratique dans un monde technicisé. C'est l'occasion d'un débat autour de la détermination des valeurs qui constituent l'identité nationale. On dénonce le risque de dérive plébiscitaire, pourtant quoi de plus démocratique pour un responsable politique que de choisir d'engager sa responsabilité devant le peuple qui l'a élu en cours de mandat ? On invoque le risque de dérive populiste, mais priver le peuple de la faculté de s'exprimer ne peut que favoriser les partis populistes.

### **DOCUMENT 03 – EXTRAITS DE ROUSSEAU DOMINIQUE, « LE DROIT CONSTITUTIONNEL CONTINUE : INSTITUTIONS, GARANTIE DES DROITS ET UTOPIE », *REVUE DU DROIT PUBLIC* ; N°6 ; 2014 ; P. 1517 ET S.**

---

« [...] L'hypothèse de la « démocratie continue » repose sur l'idée que le contentieux constitutionnel institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés, écart qui est constitutif du principe démocratique. Cette différenciation est la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Dans chaque décision du Conseil constitutionnel se joue, en effet, la même scène : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la Constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires. Concrètement, la Constitution définit progressivement un espace assurant symboliquement et pratiquement – par la censure de la loi – l'autonomie des représentés par rapport aux représentants. Et cet espace s'agrandit et se renforce au fur et à mesure que le Conseil « découvre » des droits constitutionnels nouveaux. Le contrôle de constitutionnalité produit ainsi une figure nouvelle de mise en distance des gouvernés et des gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparé des droits des seconds : la charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels symbolise l'espace des gouvernés, la loi l'espace des gouvernants.

Cette figure de l'écart est profondément différente de la figure de la fusion qui prévaut encore dans les mentalités. Dans sa formulation la plus banale, en effet, l'idéal démocratique exige l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et se réalise pleinement par la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont, avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de modération, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigeant effectivement en souverain<sup>10</sup>. Puisque le peuple est la Nation et que la Nation ne peut s'exprimer que par ses représentants, il ne peut y avoir d'autre expression de la volonté du peuple que celle exprimée par les représentants de la Nation. Ce que revendiquait clairement Siéyès lorsqu'il affirmait sans détour que « le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants ».

La constitution-garantie des droits, par le contrôle de constitutionnalité qu'elle appelle, casse cette fusion. Avant l'existence et le développement de la jurisprudence constitutionnelle, l'activité législative des représentants est directement imputée à la volonté du peuple sans que celui-ci puisse protester puisque, par définition constitutionnelle, il n'existe pas de manière séparée et indépendante,

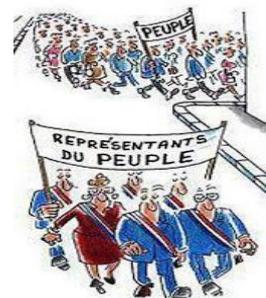
il ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par les représentants. Avec le contrôle de constitutionnalité, les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté du peuple mais la fusion des deux volontés n'est plus possible : par la charte des droits fondamentaux qu'il construit et qui dessine l'espace de la représentation autonome de la souveraineté du peuple, le juge constitutionnel est toujours en position de montrer – « au vu de la Constitution » est-il écrit dans les visas des décisions – et, le cas échéant, de sanctionner l'écart entre les exigences constitutionnelles et leurs traductions législatives par les représentants. En « montrant » ainsi que les deux espaces peuvent ne pas coïncider et que, dans l'hypothèse d'un conflit, le premier l'emporte sur le second, le juge constitutionnel interdit aux représentants de prétendre qu'ils sont le souverain et dévoile leur situation de simples délégués pouvant toujours être rappelés au respect des droits du souverain. D'une certaine manière, le juge constitutionnel dévoile ce que la représentation voulait cacher : l'oubli du peuple.

Tout en affirmant son existence, la représentation fait, en effet, disparaître le peuple en posant comme principe constitutionnel qu'il ne peut être présent, comme le disait Siéyès, que dans les personnes des représentants. Le juge constitutionnel fait ré-exister le peuple comme figure autonome et souveraine en mettant en représentation la représentation : il montre que la représentation est une scène où deux acteurs jouent des rôles différents, les élus celui de délégués du souverain et le peuple celui de souverain. [...] Il s'agit de penser ensemble la représentation, inévitable, et le contrôle de la représentation, indispensable pour assurer la participation du peuple à la production législative. [Ainsi] sans institution de contrôle de la représentation, la démocratie est représentative ; avec une institution de contrôle, elle est continue.

[...] Depuis que s'est développée la justice constitutionnelle, fait problème la pertinence voire la légitimité de continuer à appeler « démocratie » un système accordant à la Constitution et au juge constitutionnel un rôle dans la fabrication de la volonté générale : « continue », peut-être, « par la Constitution », peut-être aussi, mais « démocratie » ? Et depuis, les réticences, les critiques, les polémiques ont continué et continuent à s'exprimer. [...] Quels que soient les mots des uns et des autres, l'esprit général de leur argumentation tient en ces trois propositions : si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom ; l'idéal démocratique est donc atteint en son cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel ; en admettant même qu'une délégation de pouvoir soit à l'œuvre dans l'institution juridictionnelle comme elle l'est dans les institutions parlementaire et exécutive, en admettant que le juge constitutionnel soit un représentant – thèse de Michel Troper –, la différence reste que cette représentation-là ne peut jamais mériter le qualificatif « démocratique » car il lui manque ce qui la constituerait telle : l'élection.

[...] Évidemment, l'idée de « démocratie continue » n'a pas subi que des critiques ! Elle a aussi rencontré un écho favorable et convergé avec les travaux d'historiens comme Pierre Rosanvallon. Le doyen Vedel lui-même, qui avait ouvertement manifesté son « scepticisme » à l'égard de cette notion au moment de sa naissance en 1992<sup>17</sup>, donnait quelques années plus tard une définition de la « démocratie contemporaine » fort proche de celle proposée de la « démocratie continue ». Trois « lois », écrivait-il en 1997, l'identifient : l'exercice du pouvoir par ceux qui sont désignés par le suffrage universel ; la responsabilité politique des gouvernants non devant le Parlement mais devant le peuple à l'expiration de leur mandat ; la garantie des libertés entre ces deux moments par le statut de l'opposition et le contrôle juridictionnel. Et, concluait le doyen, « c'est à cette troisième loi qu'on reconnaît le caractère démocratique du système politique »<sup>18</sup>. Précisément l'élément qui fait aussi la démocratie continue !

Invoquer l'autorité du doyen Vedel ne saurait cependant dispenser de se saisir et de répondre à la lancinante question sur la légitimité de dénommer « démocratie » la démocratie continue par la Constitution. [Il convient donc] de relever la critique sur deux points : la figure du plaideur et l'individu. La figure du citoyen est multiple, plurielle ; elle ne se réduit pas à électeur et droit de vote ; elle se réalise également en justiciable et droit d'accès au juge. Et la seconde figure n'est pas moins démocratique que la première ; elle l'est peut-être même plus car le citoyen électeur met en scène la figure abstraite de la Nation, du Peuple alors que le citoyen justiciable met en exercice la figure concrète du petit peuple, des gens, de « tout un chacun ». Ce n'est pas le même peuple qui est en jeu avec l'électeur et le justiciable. Quant aux individus, en s'adressant à la société, la Constitution s'adresse, en effet, à ceux qui la composent et participe ainsi, dans un moment particulier de l'histoire politique, à la construction de leur identité. [...] ».



**DOCUMENT 04 –  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 15 OCTOBRE 2021,  
SOCIÉTÉ AIR FRANCE, DÉCISION N° 2021-940 QPC**

---

**9.** Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». **La transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.**

**10.** En application de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990, les États signataires se sont engagés à instaurer l'obligation pour les entreprises de transport de « reprendre en charge sans délai » les personnes étrangères dont l'entrée sur le territoire de ces États a été refusée et de les ramener vers un État tiers. Cette obligation a été reprise et précisée par la directive du 28 juin 2001.

**11.** Les dispositions contestées de l'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile visent à assurer la transposition de cette directive en prévoyant que l'entreprise de transport aérien ou maritime est tenue de ramener une personne étrangère non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne en cas de refus d'entrée sur le territoire national.

**12. Ces dispositions se bornent ainsi à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001.**

**13.** Par conséquent, **le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.**

**- Sur le fond :**

**14.** En premier lieu, le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne, ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Il n'appartient donc pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces griefs.

**15.** En second lieu, selon l'article 12 de la Déclaration de 1789 : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». Il en résulte l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits. **Cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.**

**16.** La décision de mettre en œuvre le réacheminement d'une personne non admise sur le territoire français relève de la compétence exclusive des autorités chargées du contrôle des personnes à la

frontière. En application des dispositions contestées, les entreprises de transport aérien ne sont tenues, à la requête de ces autorités, que de prendre en charge ces personnes et d'assurer leur transport.

17. Ainsi, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte, de telles mesures relevant des seules compétences des autorités de police. Elles ne privent pas non plus le commandant de bord de sa faculté de débarquer une personne présentant un danger pour la sécurité, la santé, la salubrité ou le bon ordre de l'aéronef, en application de l'article L. 6522-3 du code des transports.

18. **Le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 doit donc être écarté.** Il en va de même du grief tiré de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant ces mêmes exigences.

19. Par conséquent, les dispositions contestées doivent être déclarées conformes à la Constitution.

**DOCUMENT 05 –**  
**CONSEIL D'ÉTAT, LES ÉTATS D'URGENCE : LA DÉMOCRATIE SOUS**  
**CONTRAINTES, ÉTUDE ANNUELLE,**  
**PARIS, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, 2021, P. 137 ET S.**

---

Toutes les analyses des deux derniers états d'urgence convergent sur un même constat : l'effet utile des états d'urgence se concentre dans les premières semaines et s'étiolé rapidement. De plus, à mesure que le temps passe, les effets négatifs s'accroissent et remettent en question l'intérêt de prolonger dans le temps de tels cadres juridiques dont la vocation est, par définition, d'être temporaires. La balance des avantages et des inconvénients se déséquilibre rapidement et de façon croissante.

1. Une efficacité reconnue dans les premiers jours

Face à une crise majeure à laquelle le droit commun apporte une réponse inadéquate, l'utilisation de l'état d'urgence présente, durant les premiers jours de la crise, plusieurs atouts indéniables. Même les commentateurs les plus réservés lui concèdent, dans cette mesure, une utilité. Comme cela a été souligné précédemment, l'état d'urgence est un outil précieux, par sa dimension performative et mobilisatrice, pour lutter contre une menace inédite. Il offre aussi un cadre d'exception clair et lisible qui confère au pouvoir exécutif les pouvoirs renforcés lui permettant d'agir avec efficacité. En montrant qu'il est en mesure d'agir sans délai, l'État rassure la population et garde le contrôle de la situation.

2. Une efficacité controversée à moyen terme

L'efficacité de l'état d'urgence s'érode à mesure que le temps passe car il est, par essence, un outil d'urgence dont l'acceptabilité décroît rapidement. La professeure de droit public Anne Levade évoque à cet égard son « **obsolescence programmée** ». De nombreux acteurs de l'état d'urgence antiterroriste ont pointé l'amenuisement progressif de cet « effet déstabilisateur, lié à la surprise des opérations menées », la baisse du nombre de perquisitions administratives et de suites judiciaires données. Les critiques doctrinales ont été d'autant plus virulentes et pertinentes que la menace contre laquelle il s'agit de lutter s'est avérée pérenne. L'état d'urgence sanitaire a vu quant à lui s'opposer deux lignes doctrinales. Pour certains, il faut sortir de l'état d'urgence le plus rapidement possible et au besoin, lorsque la crise persiste, adapter les instruments de droit commun tant que la crise sanitaire dure. Pour d'autres, l'état d'urgence doit être maintenu tant que la crise dure, avant de laisser place à une législation transitoire. **En tout état de cause, le prolongement des périodes d'état d'urgence présente plusieurs dangers pour la vie institutionnelle et démocratique.**

Insuffler l'idée qu'une crise grave ne se gère qu'au prisme de l'exception risque de suggérer, d'une part, que les garanties offertes par le droit commun sont des pesanteurs inutiles et, d'autre part, que l'État, fort en période d'état d'urgence, est faible en période normale. **Cette perception nourrit d'ailleurs les thèses de ceux qui estiment que seules les démocraties dites « illibérales » peuvent faire face aux défis du monde contemporain. Dans un sondage publié par Fondapol le 18 avril 2020, 44% des Français exprimaient l'opinion qu' « en démocratie, rien n'avance et qu'il vaudrait mieux moins de démocratie mais plus d'efficacité. »** Plusieurs philosophes fustigent ainsi le recours à l'état d'urgence en tant que technique de gouvernement jetant le discrédit sur le fonctionnement normal des institutions et dénoncent une gouvernance par les crises. Le réflexe de l'état d'urgence conduit par ailleurs à amalgamer les mesures prises pour affronter une crise majeure et le cadre instauré pour ce faire. Contrairement à l'idée qui semble se répandre, le pouvoir exécutif peut adopter des mesures exceptionnelles, y compris restrictives de liberté, sans recourir au cadre de l'état d'urgence et sans perte d'efficacité. **Bon nombre de pays étrangers appliquent des mesures exceptionnelles sans pour autant mettre en place un régime d'exception.** Le raisonnement qui conduit à maintenir un état d'urgence tant que les mesures restrictives de liberté sont utiles et que la menace persiste sans envisager d'autres modes de gouvernance présente le risque de conduire à état d'urgence permanent. Il menace également de conduire à des cumuls d'état d'urgence : si chaque crise grave se résout par un état d'urgence, on ne peut exclure que plusieurs états d'urgence se superposent (pour faire face à une attaque terroriste ou cyberattaque en période de pandémie, etc.). **L'usage prolongé de l'état d'urgence, en ce qu'il conduit à une concentration des pouvoirs au sein de l'exécutif de l'État affaiblit, comme cela a été souligné, les autres acteurs institutionnels, aux premiers rangs desquels le Parlement et les collectivités territoriales.** Qui plus est, cette concentration comporte paradoxalement le risque d'éroder la confiance envers le pouvoir exécutif qui, solennellement astreint à l'obligation de résultat de protéger la vie des citoyens, est menacé de décevoir. **L'affaiblissement du Parlement, la concentration des moyens d'expertise autour du pouvoir exécutif peut également renforcer le sentiment de la population de n'être pas entendue et de ne pas être suffisamment associée aux décisions la concernant.** Ainsi, pendant l'état d'urgence sanitaire, les confinements ont-ils été justifiés par l'impossibilité pour l'hôpital de faire face à l'afflux de malades et le refus d'opérer des choix entre les patients, alors même que cette priorité donnée aux malades de la covid-19 se faisait au détriment d'autres patients. Les interrogations que cela a fait naître chez nombre de Français ont été renforcées par le non respect, justifié par l'état d'urgence, des règles de consultation d'instances représentatives ou participatives. Dans le même contexte d'état d'urgence sanitaire, le report d'élections politiques en 2020 et 2021 a, lui aussi, été critiqué comme le symptôme d'une **démocratie à l'arrêt.**