

SEPTEMBRE 2026

RENDRE LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS RÉSILIENT FACE À UN POTENTIEL CHOC AUTORITAIRE

DIRIGÉ PAR :

- > **Laurent Pech**, Professeur de droit européen, Sutherland School of Law, University College Dublin
- > **Sébastien Platon**, Professeur de droit public, Université de Bordeaux

CONTRIBUTEURS :

- > **David Biroste**, Docteur en droit public, Aix-Marseille Université
- > **Hubert Delzangles**, Professeur de droit public, Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux
- > **Jean-Philippe Ferreira**, Professeur de droit public, Université de Bordeaux
- > **Charles Froger**, Maître de conférences en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- > **Joelle Grogan**, Visiting Senior Research Fellow, Sutherland School of Law, University College Dublin
- > **Sébastien Martin**, Maître de conférences, habilité à diriger des recherches en droit public, Université de Bordeaux
- > **Marie Padilla**, Maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux
- > **Thomas Perroud**, Professeur de droit public, Université Paris-Panthéon-Assas (CERSA CNRS)



SOMMAIRE



Introduction	8	5.4.2. L'agent public-travailleur : les risques de minoration des droits	54
PARTIE I		Recommandations	55
LE CADRE GÉNÉRAL D'ANALYSE	11	6. Autorités administratives indépendantes et autres autorités de régulation	56
1. Dérive autocratique : Mode d'emploi	12	6.1. Statut des autorités indépendantes	58
1.1 Démantèlement de la démocratie et l'État de droit : Les étapes clés	12	6.2. Nomination des membres des autorités indépendantes	60
1.2 Comment confisquer le pouvoir en un seul mandat électoral : l'exemple de la Hongrie d'Orbán	14	6.3. Mandat des membres des autorités indépendantes	62
1.3 Étapes clefs de la tentative (avortée) de transformation de la Pologne en second régime autoritaire de l'UE	18	6.4. Budget	63
2. Évaluation de la situation française dans le rapport annuel sur l'État de droit de la Commission	21	6.5. Contrôles externes	64
2.1 Synthèse des rapports de la Commission européenne sur l'État de droit en France (2020-2025)	21	6.5.1. Le rôle de l'exécutif	64
2.2 Mise en perspective	25	6.5.2. Le rôle du Parlement	64
PARTIE II		6.5.3. Le rôle du juge	64
ÉTUDE DU CAS FRANÇAIS - FORCES ET FAIBLESSES	29	6.6. Responsabilité	65
3. La séparation entre l'exécutif et le législatif	30	Recommandations	66
3.1. Le recours aux ordonnances de l'article 38	30	7. Les contre-pouvoirs non institutionnels	68
3.2. Les référendums	31	7.1. La capacité de résistance des médias	68
3.3. L'article 16 de la Constitution française	31	7.1.1. Les médias privés : dépendance envers l'État et faiblesse du pluralisme	68
3.4 Le cumul des outils du parlementarisme rationalisé	33	7.1.1.1. La dépendance vis-à-vis de l'État	69
Recommandations	35	7.1.1.2. Une conception juridique naïve du pluralisme des médias privés	70
4. L'indépendance de la justice	36	7.1.2. L'indépendance fragile des médias publics	71
4.1. L'ordre judiciaire	36	7.2. La capacité de résistance de la société civile	72
4.2. L'ordre administratif	39	7.2.1. Les limites de la liberté d'association	74
4.3. Le Conseil Constitutionnel	42	7.2.2. La faiblesse et même l'affaiblissement progressif des corps intermédiaires	75
Recommandation	44	7.2.3. La dépendance des corps intermédiaires en France vis-à-vis de l'État	75
5. La fonction publique	46	7.3. La capacité de résistance de l'université	76
5.1. L'entrée dans la fonction publique	47	Recommandations	79
5.1.1. Les risques découlant de la contractualisation	47	8. Le système électoral français	81
5.1.2. Les risques découlant de la politisation de certains emplois	48	8.1 L'administration des élections	82
5.2. La carrière dans la fonction publique	49	8.2 Le contrôle juridictionnel des élections	83
5.3. La sortie de la fonction publique	50	8.3. La délimitation des circonscriptions électorales et le choix des modes de scrutin	84
5.4. Les droits et les obligations des agents publics	52	8.4. Le financement de la vie politique	85
5.4.1. L'agent public-citoyen : les risques de majorations des obligations	52	Recommandations	86

ÉDITO

À un an de l'élection présidentielle, une question longtemps jugée impensable s'impose désormais au débat public : nos institutions sont-elles suffisamment solides pour résister à l'arrivée au pouvoir d'une majorité autoritaire et réactionnaire ?

Pendant longtemps, nous avons cru que les démocraties européennes étaient définitivement à l'abri des dérives autoritaires. Nous avons regardé la Hongrie, la Pologne et désormais l'Italie ou les États-Unis comme des exceptions. Pourtant, aucune démocratie n'est immunisée.

Le danger ne réside pas seulement dans une rupture brutale. Il réside aussi dans l'accoutumance progressive aux entorses faites à l'État de droit. Depuis plus de dix ans, notre pays a connu la banalisation de dispositifs d'exception, l'installation durable de logiques d'urgence, le recours croissant à des mécanismes permettant de contourner ou d'affaiblir le débat démocratique.

A cela s'ajoutent des attaques contre les institutions : contestation de l'autorité des juges, remise en cause du contrôle de constitutionnalité, critiques et violations des normes européennes et internationales, fragilisation des corps intermédiaires lors des réformes sociales ou environnementales. Ces signaux doivent nous conduire à examiner lucidement la solidité de nos institutions.

Cette forme de mithridatisation institutionnelle crée l'illusion que les garanties démocratiques sont secondaires parce qu'elles semblent toujours pouvoir être suspendues au nom d'une nécessité supérieure.

L'État de droit n'existe ni pour défendre les juges ou les juristes ni pour sacrifier les institutions pour elles-mêmes. Il existe pour protéger les individus contre l'arbitraire et garantir qu'aucun gouvernement ou aucune majorité politique ne puisse décider seule qui a des droits et qui n'en a plus.

Il est ce qui permet à chacun·e d'être protégé·e par les mêmes règles, quelles que soient ses opinions, son origine, son genre, sa religion, sa situation sociale ou sa vulnérabilité. Il est ce qui garantit à une personne injustement mise en cause le droit à un procès équitable, à une association le droit de contester une décision de l'État, à un·e journaliste le droit d'enquêter librement. En ce sens, l'État de droit est d'abord la protection des libertés individuelles et des plus fragiles. C'est le rempart qui empêche que la force ou la majorité du moment devienne la seule source de légitimité politique.

C'est dans cet esprit et pour protéger les libertés publiques individuelles et publiques que ce rapport a été rédigé. Il constitue l'actualisation d'une première étude pionnière menée en 2022 à l'initiative de Gwendoline Delbos-Cor-

field, alors députée européenne écologiste, à qui nous adressons nos sincères remerciements. Elle avait eu l'intuition, avant beaucoup d'autres, que la meilleure façon de défendre la démocratie consistait à examiner lucidement ses vulnérabilités.

Cette nouvelle édition réunit des universitaires spécialistes de leurs domaines afin de soumettre le système juridique français à un véritable « test de résistance », non pour prédire l'avenir mais pour identifier nos fragilités face à un potentiel choc autoritaire.

Ce rapport met en lumière des vulnérabilités réelles : la concentration de certains pouvoirs entre les mains de l'exécutif, les fragilités de notre cadre électoral, la protection insuffisante des autorités indépendantes, les risques pesant sur l'indépendance de la justice, la dépendance économique de nombreux médias ou encore l'affaiblissement progressif de certains corps intermédiaires.

Nous formulons donc des propositions concrètes pour renforcer la résilience de nos institutions et corriger leurs faiblesses mises en lumière par ce travail. De nature législative ou constitutionnelle, elles peuvent constituer un point de rassemblement pour l'ensemble des démocrates progressistes de notre pays. Mises en œuvre sans attendre, elles contribuent à mieux protéger les libertés, l'égalité devant la loi et les droits de chacune et chacun.

L'ambition de ce travail n'est pas de nourrir les peurs. Elle est de préparer notre démocratie.



Léa Balage El Mariky
députée
de la 3e circonscription
de Paris



Mélissa Camara
eurodéputée
française

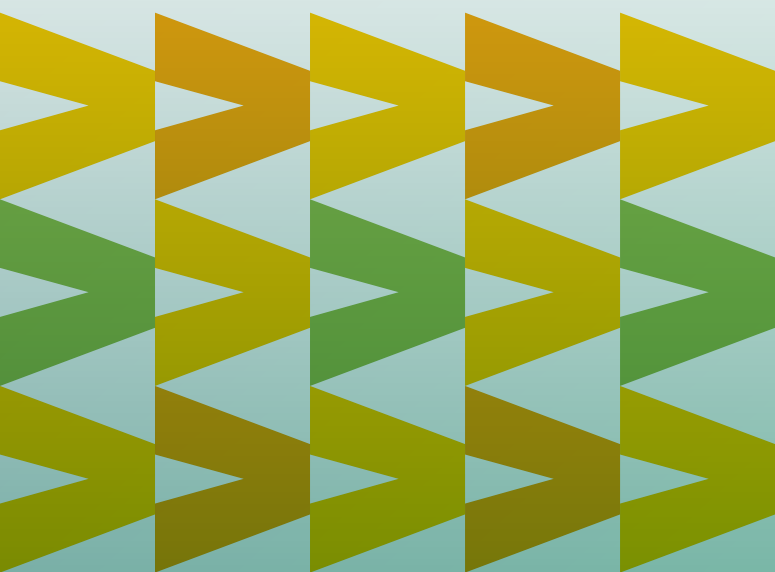


Mélanie Vogel
sénatrice des
Français-es établi-es
hors de France

UN STRESS-TEST AUTOCRATIQUE POUR LA FRANCE

A partir des exemples polonais et hongrois, parfaites illustrations au sein de l'UE de ces processus de capture constitutionnelle, où des partis autocrates ont utilisé les faiblesses de leur système juridique pour asseoir leur pouvoir ; cette étude analyse le système français pour identifier quelles vulnérabilités spécifiques existent et pourraient être exploitées par une nouvelle majorité autoritaire.

En identifiant les étapes clefs générales d'une confiscation du pouvoir, elle met ensuite en valeur les chantiers prioritaires pour s'en prémunir chez nous, garantir la résilience de notre État de droit et renforcer notre constitution.



LES ÉTAPES CLEFS DU DÉMANTÈLEMENT DE LA DÉMOCRATIE ET DE L'ÉTAT DE DROIT

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE

01.

- > **Le point de départ** : les citoyen-nes perdent confiance dans leur système de gouvernement.
Les raisons : renforcement des inégalités, difficultés économiques et chômage persistant, pratiques prédatrices de l'élite au pouvoir.
Les conséquences : une crise des partis, des positionnements de plus en plus populistes...

02.

- > Pour rompre avec le système précédent les citoyen-nes votent pour un parti promettant des changements radicaux.
Les conséquences : le nouveau parti au pouvoir multiplie les « réformes » rapides et passe outre toute critique en les présentant comme réalisant « la volonté du peuple ».

03.

- > Les nouveaux-elles autocrates s'emparent des pouvoirs et des contre-pouvoirs.
Les conséquences : la justice, la police, les médias, les autorités administratives indépendantes, la fonction publique...

04.

- > La sphère publique est peu à peu dominée par le parti au pouvoir.
En pratique : élimination des discours alternatifs via la répression de la société civile, des journalistes, chercheur-euses et activistes (notamment des recours en justice abusifs)...

05.

- Les règles électorales sont changées en faveur du pouvoir en place.

Par exemple : modification des règles d'acquisition du droit de vote, redécoupage des circonscriptions électorales, prise de contrôle de l'autorité en charge des élections...

06.

- Le système est alors capturé de manière globale avec peu d'options restantes pour l'opposition.

Les organes de contrôle, affaiblis, ne parviennent plus à faire garde-fou.

07.

- Le pouvoir en place organise si besoin des référendums biaisés pour se légitimer.

En cas de résistance interne ou de critique externe, le parti au pouvoir évoque « la volonté du peuple » pour contourner les derniers obstacles institutionnels.

08.

- Les fonds publics sont « redistribués » et des ennemis imaginaires et boucs émissaires sont dénoncés avant les prochaines élections.

Les électeurs clefs sont acquis, les opposants sont craints.

09.

- Le point d'arrivée :

La possibilité d'une alternance pacifique du pouvoir est devenue quasiment impossible.

LES PRINCIPALES VULNÉRABILITÉS DU SYSTÈME FRANÇAIS, DANS LESQUELLES UN AUTOCRATE POURRAIT S'ENGOUFFRER

- Le déséquilibre en faveur de l'exécutif face au pouvoir du Parlement, propre à la Ve République mais renforcé par les pratiques et dévoiements récents ;

- Le manque de verrous pour garantir l'indépendance de la justice, en particulier du Parquet et du Conseil d'Etat ;

- L'exposition de la fonction publique et des autorités administratives et publiques indépendantes à une capture politique, due aux manques de garanties fonctionnelles, aux statuts et aux nominations de leurs membres ;

- La possible prise de contrôle des contre-pouvoirs non institutionnels - médias, société civile, université - du fait de cadres juridiques et économiques qui ne garantissent pas le pluralisme et des dépendances à l'Etat comme aux acteurs privés ;

- Le système électoral français dont les gardes-fous sont faibles pour se prémunir d'une instrumentalisation des règles par l'exécutif.

- Une sixième vulnérabilité transversale tient au fait que l'organe de contrôle, le Conseil Constitutionnel, ne permet aujourd'hui pas de faire respecter l'intégralité des obligations qui échouent à notre Constitution, et doit être renforcé.

LIMITER LES POUVOIRS DE L'EXÉCUTIF, EN PARTICULIER DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

- Afin d'empêcher un usage abusif du référendum présidentiel, modifier l'article 11 pour interdire toute révision constitutionnelle par cette procédure et prévoir un contrôle de constitutionnalité préalable des textes soumis au peuple.
- Confier au seul Parlement, par la voie du vote de confiance prévu à l'article 49 alinéa 1er, le pouvoir de former un nouveau gouvernement.
- Prévenir les dérives d'un exécutif dépourvu de contrôle parlementaire à la suite d'une dissolution, en soumettant le Gouvernement au régime de l'expédition des affaires courantes jusqu'à l'installation de la nouvelle Assemblée nationale.
- Modifier l'article 13 afin de garantir qu'une majorité qualifiée au Parlement soit nécessaire pour une nomination par le Président de la République.
- Soumettre le déclenchement des pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 16 au contrôle du Conseil constitutionnel.
- Renforcer le contrôle parlementaire de l'application des lois en reconnaissant aux parlementaires un intérêt à agir contre les décrets d'application qui méconnaissent l'intention du législateur.

LES 6 GRANDS CHANTIERS POUR PROTÉGER L'ÉTAT DE DROIT

LUTTER CONTRE L'ANNIHILATION DES CONTRE-POUVOIRS NON INSTITUTIONNELS

- Constitutionnaliser le principe selon lequel la dissolution d'une association est exclusivement une prérogative judiciaire.
- Renforcer l'indépendance des médias en constitutionnalisant l'audiovisuel public et son mode de financement, en assurant l'indépendance des rédactions vis-à-vis des actionnaires, en renforçant le droit d'opposition des journalistes aux décisions éditoriales contraires à l'éthique professionnelle et en luttant contre la concentration.

TRANSFORMER LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EN VÉRITABLE COUR CONSTITUTIONNELLE

- Modifier la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel, en introduisant des critères de compétences et d'indépendance, en conditionnant leur élection à une majorité des 3/5 du Parlement en leur faveur, et interdire toute nomination honorifique des membres du Conseil constitutionnel pendant la durée de leurs fonctions. Aligner ses méthodes de travail sur celles d'une véritable Cour constitutionnelle.

RÉPONDRE AUX FAIBLESSES STRUCTURELLES DU CADRE ÉLECTORAL

- Transformer l'autorité électorale en Autorité administrative indépendante constitutionnelle, et confier à cette autorité le découpage des circonscriptions électorales.
- Instaurer le mode de scrutin proportionnel aux élections législatives.

LUTTER CONTRE L'INSTRUMENTALISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE ET LES TENTATIVES D'AFFAIBLISSEMENT DES AAI ET API

- Consacrer le principe du concours pour les emplois participant à l'exercice de fonctions régaliennes.
- Instaurer l'automatisme de la protection fonctionnelle des agents publics sur le modèle du dispositif adopté pour les élu-es.
- Interdire la suppression des autorités indépendantes de protection des libertés par voie législative.
- Constitutionnaliser les Autorités administratives indépendantes (AAI) et les Autorités publiques indépendantes (API).

RENFORCER L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE

- Modifier l'article 65 de la Constitution afin de rendre les magistrat-es du Parquet indépendant-es du pouvoir exécutif : transférer le pouvoir de gestion des carrières et de la discipline au Conseil supérieur de la magistrature, exiger un avis conforme de sa part pour les nominations et garantir que chaque formation soit composée d'une majorité de magistrat-es.
- Objectiver les nominations et carrières au Conseil d'État en fondant l'avancement sur l'ancienneté, en conditionnant les nominations aux hautes fonctions à un avis conforme des pairs et en y instaurant des mandats fixes non renouvelables.

INTRODUCTION

Laurent Pech

Professeur de droit européen, Sutherland School of Law, University College Dublin

Joelle Grogan

Visiting Senior Research Fellow, Sutherland School of Law, University College Dublin

Crise de l'État de droit : L'Union européenne fait face à une remise en cause croissante des principes au cœur de l'État de droit¹ depuis maintenant plus d'une décennie. Cette remise en cause sans précédent de l'État de droit, dénoncée explicitement par la Commission européenne pour la première fois en 2012², s'est traduite par des attaques répétées visant en premier lieu juges et procureurs ; la capture ou l'affaiblissement des cours constitutionnelles ; le non-respect des jugements rendus par des juridictions nationales et/ou européennes ; le non-respect de la législation existante et/ou des procédures applicables par le pouvoir exécutif et/ou législatif ; le recours accru à des ordonnances ; une corruption à haut niveau et des abus de pouvoir croissants ainsi que des « manœuvres visant à saborder le pluralisme et à affaiblir des observateurs critiques essentiels tels que la société civile et les médias indépendants ».³

De crise à régression de l'État de droit au niveau global : La crise de l'État de droit s'est depuis mutée en régression de l'État de droit et plus généralement, de la démocratie libérale. Un tel phénomène peut être observé « tant en Europe qu'au niveau international » selon la Commission de Venise du Conseil de l'Europe⁴. Ce constat se retrouve dans les études de nombreuses organisations spécialisées. Par exemple, selon le World Justice Project, une organisation internationale non gouvernementale basée aux États-Unis qui publie un index annuel, nous faisons face à une « récession globale » de l'État de droit. Cette récession s'est par ailleurs accélérée en 2025. Pas moins de 68% de pays ont connu un tel recul en l'espace d'une année.⁵ La montée de l'autoritarisme est citée comme le facteur clé qui explique cette tendance lourde qui perdure depuis maintenant près de huit ans. En pratique, cette montée de l'autoritarisme se traduit par une réduction de l'espace civique et l'affaiblissement des contre-pouvoirs « avec une forte baisse des facteurs mesurant les contraintes pesant sur les pouvoirs gouvernementaux, la transparence gouvernementale et les droits fondamentaux ».⁶ L'indépendance du pouvoir judiciaire a été particulièrement ciblée et explique cet affaiblissement. En ce sens, l'indice 2025 du World Justice Project montre en particulier « une ingérence politique croissante dans les systèmes judiciaires ».⁷

Manifestations en France : La France se classe 22ème sur 143 pays dans l'édition 2025 du WJP Rule of Law Index et 15ème sur 27 au sein de l'Union européenne. Le score global de la France en matière d'État de droit reste stable par rapport à 2024 mais a connu un recul au cours de la dernière décennie, déclinant légèrement de 0.75 sur 1 en

2015 à 0.72 en 2025.⁸ La situation en France sera examinée plus en détails dans le second chapitre à la lumière du diagnostic et recommandations faites par la Commission européenne depuis la première édition de cette étude publiée en juillet 2022.⁹ On notera toutefois d'ores et déjà que si un processus de régression systémique n'est pas détectable à ce jour, il est possible d'identifier une nette « multiplication des menaces et atteintes à l'État de droit » au cours de ces dernières années,¹⁰ ainsi qu'une rhétorique – explicitement ou insidieusement¹¹ – autoritaire qui se retrouve dans les pays qui ont subi ou subissent un processus d'autocratisation. Ces « remises en cause brutales et répétées de l'État de droit » n'émanent pas en outre uniquement d'opposants aux autorités en place mais également « des hautes autorités de l'État ».¹² Ajoutant à leur dangerosité, ces remises en cause s'accompagnent d'une « contestation croissante du contrôle de constitutionnalité, de la supériorité des normes internationales et européennes, de l'autorité judiciaire, de l'indépendance des magistrats et de l'autorité des décisions de justice ».¹³

Régression de l'État de droit et populisme : Cette régression de l'État de droit est souvent liée à la montée du « populisme ». Par populisme, il convient

1. Comme le rappelle le règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, l'État de droit « exige que toutes les autorités publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs qui sont la démocratie et le respect des droits fondamentaux » (réf. 3) et recouvre un certain nombre de principes fondamentaux comme « le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi » (art. 2).

2. Trois États membres furent explicitement mis en cause à l'époque : La France en 2010 (Nicolas Sarkozy était alors Président de la République) ; la Hongrie fin 2011 (déjà gouvernée par Viktor Orbán) ; et la Roumanie au cours de l'été 2012. Voir le discours du 4 septembre 2013 de Viviane Reding, Commissaire européen à la justice, « The EU and the Rule of Law – What Next », CEPS, Brussels, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_677

3. Commission européenne, Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action, COM(2019) 343 final, 17 juillet 2019, p. 2.

4. Commission de Venise, Mise à jour de la liste des critères de l'État de droit, CDL-AD(2025)002, 19 décembre 2025, § 10.

5. World Justice Project, Le recul mondial de l'État de droit s'accroît à mesure que la tendance autoritaire s'accroît, selon l'indice WJP, Communiqué de presse, 28 octobre 2025, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Global%20Press%20Release_FR.pdf

6. Ibid.

7. Ibid.

8. World Justice Project, France, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2025/France>

9. L. Pech et S. Platon (dir.), La résistance du système juridique français à un potentiel « choc autoritaire », juillet 2022, <https://www.greens-efa.eu/fr/article/event/assessing-the-resilience-of-the-french-legal-order-to-an-authoritarian-shock>

10. CNCDH, Déclaration « pour l'État de droit » (D-2026-1), Assemblée plénière du 29 janvier 2026, § 6.

11. C. Cuvelier, « Le cheval de Troie de la critique de l'État de droit » (2026) Revue des droits et libertés fondamentaux, Chronique no 01, <https://revueidf.com/droit-constitutionnel/le-cheval-de-troie-de-la-critique-de-letat-de-droit/>

12. CNCDH, op. cit., § 13.

13. Ibid., § 13.

de comprendre tout mouvement ou idéologie basés sur un rejet (rhétorique) des « élites » et une vision « anti-pluraliste ».¹⁴ Pour le dire autrement, le populisme repose sur l'invocation du « peuple » qui est « présenté comme une entité unique et monolithique animée d'une même vision cohérente. En prétendant avoir l'autorité morale exclusive d'agir au nom du peuple, le populisme entend délégitimer toute opposition et tout autre moyen d'action. Tous ses actes sont justifiés par cette autorité morale exclusive ».¹⁵ Cette philosophie autoritaire a été présentée et défendue comme représentant simplement une version « illibérale » du concept de démocratie (en opposition à la démocratie libérale) et un retour à une vision prétendument plus « traditionnelle » des concepts de l'État de droit et des droits fondamentaux. Ces efforts de labélisation, si l'on ose dire, ne sont pas sans rappeler la tentative de présenter les régimes politiques établis après-guerre par les partis communistes locaux dans certains pays d'Europe centrale et orientale comme des « démocraties populaires ».

Populisme ou autoritarisme ? En pratique, le populisme se traduit non seulement par des violations répétées et délibérées des principes au cœur de l'État de droit, mais également par une remise en cause des principes au cœur de la démocratie et des droits fondamentaux. L'exemple de la Hongrie sera détaillé dans le second chapitre. Cependant et pour ne donner qu'un bref exemple, un avocat général de la Cour de justice de l'UE a, pour la première fois dans l'histoire de l'UE, souligné en juin 2025 que cet État membre a franchi un certain nombre de « lignes rouges » en remettant en cause l'égalité des personnes LGBTI et s'est écarté « substantiellement du modèle de démocratie constitutionnelle » reflété à l'article 2 TUE.¹⁶

Au-delà de ce cas d'espèce, et comme l'a souligné la Commission de Venise, « les violations de l'État de droit se traduisent par une attitude du type « le vainqueur emporte tout » et une conception simpliste de la démocratie majoritaire ».¹⁷ La régression de l'État de droit emporte des conséquences au-delà du pouvoir judiciaire et menace l'ensemble des contre-pouvoirs propres aux démocraties modernes mais aussi l'existence même du régime démocratique dans la mesure où la tenue d'élections libres et équitables est également menacée. En effet, le populisme tel que mis en œuvre par les « nouveaux autoritaires » conduit entre autres à une réduction du pluralisme politique ; une délégitimation de la contestation du parti au pouvoir ; des règles électorales qui favorisent structurellement le parti au pouvoir ; la prise de contrôle des autorités de régulation/autorités administratives indépendantes ; la prise de contrôle et/ou la destruction des contrepoids démocratiques, notamment le pouvoir judiciaire, les médias et la société civile ; et des restrictions croissantes des droits fondamentaux dans un contexte où les pouvoirs publics encouragent directement ou indirectement des discours de haine et des pratiques discriminatoires à l'encontre des minorités et autres groupes vulnérables, en particulier les migrants et les personnes LGBTI comme l'exemple précédemment évoqué de la Hongrie le démontre.

Processus de recul ou régression démocratique en bref :

Les « nouveaux autoritaires » ont tendance à émerger dans un contexte de crise du système politique et sont généralement élus la première fois à la suite d'élections libres et équitables. Une fois élus, sous couvert de mettre en œuvre la « volonté du peuple », ces acteurs entreprennent un processus de capture et/ou démantèlement systémique des pouvoirs et contre-pouvoirs de manière formellement légale si cela est possible, ou de manière illégale si la première option n'est pas possible. Dans ce dernier cas, la violation des normes/procédures juridiques en vigueur sera justifiée au nom de la « volonté du peuple », du « pays réel » ou encore de la « justice sociale ».

Les premières cibles des nouveaux autoritaires sont généralement le pouvoir judiciaire/juges, les médias publics/journalistes et les « institutions répressives », en particulier, le ministère public. Dans un second temps, un autre ensemble de cibles supplémentaires – la société civile, les avocats et universitaires ainsi que les médias privés – seront visées par divers moyens formels (par exemple, l'adoption de nouvelles lois et des procédures dites « bâillons » visant les critiques les plus connues afin de créer un « effet dissuasif ») et informels (par exemple, des campagnes de dénigrement ou des menaces anonymes) pour compléter le processus de capture du système et sa transformation en régime autocratique de fait. Une fois que les cibles que l'on peut qualifier de primaires et secondaires sont suffisamment affaiblies ou intimidées et l'ensemble des pouvoirs et contre-pouvoirs suffisamment contrôlés, le cadre électoral peut alors faire l'objet de changements structurels qui rendent extrêmement difficile toute alternance pacifique du pouvoir. Autrement dit, des élections libres seront encore possibles, mais elles seront, en pratique, structurellement inéquitables au profit évidemment du pouvoir en place. Un tel processus permet la transformation d'une démocratie en « autocratie électorale ».¹⁸ Au sein de l'UE, le seul pays qui a suivi une telle mutation est la Hongrie, ce dernier pays n'étant plus une démocratie depuis 2018 selon l'institut V-Dem,¹⁹ un constat que le Parlement européen a fait sien en septembre 2022.²⁰

Objet de l'étude : S'inspirant de la technique de supervision bancaire dite des « tests de résistance »,²¹ l'objectif principal de cette seconde édition reste identique à la

14. J.-W. Müller, Qu'est-ce que le populisme ?, Éd. Premier parallèle, 2016

15. Conseil de l'Europe, Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Populisme – Le système de contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe ? rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, 2017, p. 6.

16. Conclusions de l'avocate générale Čapeta présentées le 5 juin 2025 dans l'affaire C-769/22, Commission européenne c/ Hongrie, EU:C:2025:408, § 262 et § 273.

17. Commission de Venise, Mise à jour de la liste des critères de l'État de droit, CDL-AD(2025)002, 19 décembre 2025, § 11.

18. L'Institut V-DEM, un centre de recherche basé en Suède, publie un rapport annuel sur l'évolution de la démocratie dans le monde qui distingue entre quatre régimes types. En partant du régime le plus démocratique au régime le plus autoritaire, il est possible ainsi de distinguer entre (i) démocratie libérale ; (ii) démocratie électorale ; (iii) autocratie électorale et (iv) autocratie fermée. Voir V-Dem, Democracy Report 2025. 25 Years of Autocratization – Democracy Trumped, p. 13, <https://www.v-dem.net/publications/democracy-reports/>

19. Ibid., p. 25.

20. Parlement européen, La Hongrie ne peut plus être considérée comme une démocratie à part entière, Communiqué de presse 20220909IPR40137, 15 septembre 2022.

21. La supervision bancaire européenne utilise des tests de résistance (stress tests) pour évaluer le niveau de préparation des banques aux chocs financiers et économiques. Les résultats de ces tests de résistance permettent aux autorités de surveillance de détecter les vulnérabilités des banques et d'y faire face de façon précoce dans le cadre du dialogue prudentiel avec les banques. La BCE conduit plusieurs types de test de résistance qui incluent des tests de résistance thématiques.

première édition de notre étude : il s'agit de soumettre le système juridique français dans son ensemble à un « test de résistance » (stress test) dans l'hypothèse d'un « choc autoritaire » en France. À la lumière du processus de « capture constitutionnelle » et des pratiques de « légalisme autocratique » qui ont été mises en œuvre en Hongrie à partir de 2010 et en Pologne à partir de 2015 jusqu'en 2023, il s'agit principalement d'**identifier les vulnérabilités ou points faibles du système juridique français** et de préciser **comment une nouvelle majorité « autoritaire »** (ou encore un seul président « autoritaire » sans majorité ou coalition stable au sein de l'assemblée nationale) pourrait chercher à exploiter ses vulnérabilités afin de **prendre le contrôle de certaines institutions clés et mettre au pas les sources possibles d'opposition, rendre tout transfert de pouvoir pratiquement impossible et ainsi établir progressivement un régime d'« autocratie électorale »**, parfois également décrit comme un régime dit de type hybride.²² Il importe de préciser que, comme dans la première édition, ne seront recensées, dans la présente étude, que celles des possibles réformes qu'un gouvernement autoritaire pourrait vouloir adopter qui sont légales à ce jour, c'est-à-dire compatibles avec le cadre juridique et la jurisprudence tels qu'ils existent à ce jour – et donc sans préjudice d'éventuelles évolutions subséquentes.

Si l'objectif principal de cette deuxième édition n'a pas changé, celle-ci présente cependant des nouveautés d'ordre formel et structurel : en premier lieu, chaque chapitre consacré à un aspect particulier du système juridique français est désormais précédé d'un résumé analytique présentant de façon synthétique les principales conclusions de l'auteur (ou des auteurs) ; en second lieu, en ce qui concerne les faiblesses et points de vigilance identifiées, il a été demandé aux auteurs de mettre formellement en évidence (**en italique, caractère gras et souligné**) les changements visant à faciliter un processus d'autocratisation en France mais qui nécessitent une majorité à l'assemblée nationale pour être mis en œuvre par un pouvoir exécutif autoritaire ; en dernier lieu, une liste de recommandations correspondant aux faiblesses et points de vigilance identifiés par les auteurs de chaque chapitre est désormais incluse. Ces recommandations sont par ailleurs classées en fonction du type de norme juridique qu'elles nécessitent a minima : révision constitutionnelle ; révision de la législation organique ; révision de la législation ordinaire ; modification réglementaire.

Structure de l'étude : Dans un premier temps, un cadre général d'analyse sera proposé afin de mettre en lumière le contexte de la présente étude, à savoir la régression de l'État de droit dans l'Union européenne. La deuxième partie de l'étude portera sur le cas français. Dans ce cadre, plusieurs aspects du système juridico-institutionnel français seront analysés afin d'identifier les forces et les faiblesses du régime applicable aux contre-pouvoirs d'un point de vue structurel. Autrement dit, il s'agira d'identifier les moyens juridiques qu'un gouvernement autoritaire pourrait utiliser pour neutraliser ces contre-pouvoirs. Les recommandations qui accompagnent ce travail d'identification, si elles sont suivies d'effet, ne manqueraient pas

de renforcer la résistance du système juridique français dans l'hypothèse d'un « choc autoritaire ». Tout travail préventif d'ingénierie juridique ne pourra cependant prévenir un phénomène d'autocratisation sans sursaut citoyen, en particulier dans une situation où des autorités nouvellement élues embrasseraient l'inconstitutionnalité et/ou l'illegalité et le non-respect des décisions de justice.²³

Renforcer la résilience d'un système juridique préventivement ne pourra sauver l'État de droit et plus largement, la démocratie dans un pays où une majorité serait prête à tester un pouvoir autoritaire.²⁴ Il s'agit donc, outre ce travail de consolidation préventive, de promouvoir une culture de l'État de droit, de sensibiliser à l'importance du respect de l'État de droit, et de bien ancrer les valeurs constitutionnelles et éthiques « dans les pratiques établies des professionnels du droit (juges, procureurs, praticiens du droit employés par l'État ou exerçant à titre privé) et de ceux qui occupent une fonction publique ».²⁵ Comme l'a si justement souligné la Commission nationale consultative des droits de l'homme en janvier dernier, « il est très difficile de restaurer l'État de droit après son démantèlement, aussi s'impose-t-il de le défendre à temps et, mieux, tout le temps ».²⁶

22. Les régimes dit « hybrides » se caractérisent par des éléments à la fois démocratiques et autoritaires. Au sein de cette catégorie, il est possible de distinguer entre « démocraties défectives » et les « autocraties électorales ».

23. Notre étude ne se préoccupe pas des réponses possibles à apporter non pas de manière préventive mais une fois qu'un processus de régression est en cours. On notera cependant à cet égard qu'une des leçons clés du cas polonais, mais qui reflète également ce qui s'est passé au Brésil et en Corée du Sud, est que contrairement à une idée reçue, il est crucial pour les leaders d'opinion de verbaliser et communiquer amplement l'existence d'une menace systémique à la démocratie et à l'État de droit et de contrer les efforts de minimisation ou de négation de la part de ceux qui cherchent à mettre en œuvre un agenda de régression de l'État de droit et de la démocratie. C'est par ailleurs une stratégie électoralement payante dans une telle hypothèse. Pour un article récent résumant la recherche à ce sujet : Z. Beauchamp, « How to stop a dictator », Vox, 23 février 2026, <https://www.vox.com/politics/479924/democracy-us-brazil-south-korea-poland-backsliding-resilience>

24. Selon le baromètre de la confiance politique du Cevipof de février 2025, en réponse à une question sur les différents types de système politique, la réponse « Avoir à sa tête un homme fort qui n'a pas à se préoccuper du parlement, ni des élections » emporte l'adhésion de 41% des individus interrogés. Avoir un système démocratique demeure néanmoins, et de loin, celui qui emporte le plus d'adhésion. Voir Cevipof, « En qu'olji les Français ont-ils confiance aujourd'hui », février 2025, p. 95, <https://www.sciencespo.fr/cevipof/fr/etudes-enquetes/barometre-confiance-politique/>

25. Commission de Venise, Mise à jour de la liste des critères de l'État de droit, op. cit., § 163.

26. CNCDH, Déclaration « pour l'État de droit », op. cit., § 15.



PARTIE 01

LE CADRE GÉNÉRAL D'ANALYSE

01. DÉRIVE AUTOCRATIQUE : MODE D'EMPLOI

Laurent Pech

*Professeur de droit
européen, Sutherland
School of Law, University
College Dublin*

Joelle Grogan

*Visiting Senior Research
Fellow, Sutherland School
of Law, University College
Dublin*

1.1 DÉMANTÈLEMENT DE LA DÉMOCRATIE ET L'ÉTAT DE DROIT : LES ÉTAPES CLÉS

Le démantèlement de la démocratie et de l'État de droit dans les démocraties libérales, préalablement considérées comme « consolidées », suit généralement un scénario qui peut être ainsi résumé :

- 01.** Le processus de recul (backsliding) de la démocratie et de l'État de droit – autrement dit, le processus d'autocratisation d'un ordre constitutionnel démocratique et libéral – commence généralement lorsqu'un nombre important de citoyens perdent confiance dans leur système de gouvernement, et ce pour, des raisons aussi diverses que l'augmentation des inégalités, des difficultés économiques persistantes et/ou les pratiques prédatrices de l'élite au pouvoir. Ce processus est souvent accompagné par une crise des partis où l'un des partis classiques et dominants est soit déchiré par des conflits internes ou adopte un positionnement de plus en plus « populiste » pour diverses raisons notamment de tactique électorale ;
- 02.** Les citoyens mécontents votent alors pour rompre avec le système précédent en élisant un chef de parti qui leur promet des changements radicaux. Une fois les élections gagnées, le leader du parti au pouvoir va alors présenter la mise en œuvre de ses changements comme réalisant la « volonté du peuple » tout en essayant de dissimuler le démantèlement de fait de la démocratie et de l'État de droit par l'adoption rapide de multiples lois souvent justifiées par des motifs techniques fictifs et/ou soi-disant inspirées d'exemples étrangers respectables ;
- 03.** Les nouveaux autocrates agissent généralement de manière rapide afin de démanteler ou prendre le contrôle des institutions qui pourraient s'opposer à la consolidation de leur pouvoir, tel qu'un pouvoir judiciaire indépendant, les médias, les organes répressifs (services de sécurité, police, parquet) ;
- 04.** Afin de demeurer populaires et/ou obtenir le soutien d'acteurs économiques influents, les autocrates font souvent preuve de « largesse », par exemple en créant de nouveaux avantages sociaux et/ou de nouvelles exemptions fiscales. Dans le même temps, le processus de « capture » du système continue notamment par la prise du contrôle de la sphère publique, ce qui se traduit entre autres par la répression et l'élimination progressive des discours critiques/alternatifs notamment par le biais de pratiques de harcèlement systématique des groupes d'opposants issus de la société civile, l'ouverture d'enquête par le parquet contre leurs opposants ou encore des recours en justice abusifs (« poursuites-baillons ») visant en particulier journalistes, chercheurs et défenseurs des droits de l'homme ;
- 05.** En dernier lieu, les nouveaux autocrates cherchent systématiquement à changer les règles électorales afin d'organiser des élections qui leur sont structurellement favorables et/ou permettre des pratiques frauduleuses en toute impunité, et/ou à changer le corps électoral lui-même (en supprimant leurs votes par divers moyens ou en instrumentalisant les procédures d'acquisition de la citoyenneté du pays en question, ou encore en poussant l'opposition à fuir le pays dans les cas les plus extrêmes) ;
- 06.** Quand les électeurs se rendent compte des dommages causés (généralement trop tard, le nouvel autocrate ayant déjà détruit tous les canaux par lesquels l'opposition et autres voix critiques auraient pu s'exprimer), ils ne leur restent que peu d'options pour résister et s'opposer effectivement au nouveau pouvoir (autoritaire) en place, le système ayant été « capturé » de manière globale ;
- 07.** Dans le cas peu probable où une résistance émergerait malgré tout du Parlement, de certains secteurs spécifiques ou encore de la rue, des référendums biaisés peuvent toujours être organisés pour valider la volonté du leader sous le masque de la « volonté du peuple », une notion que les populistes autoritaires trouvent particulièrement utile lorsqu'il s'agit de légitimer leur positionnement au-dessus des institutions et, éventuellement, en dehors du cadre constitutionnel à défaut d'avoir pu rendre ce dernier compatible avec un régime autocratique peu après leur prise de pouvoir en le révisant formellement ;

08. Ayant empêché l'agrégation des oppositions et réécrit les normes électorales en leur faveur, les nouveaux autocrates peuvent alors espérer obtenir les votes nécessaires à leur victoire lors des prochaines élections en créant un ennemi imaginaire et/ou en distribuant les fonds publics (et européens si cela est possible) afin de s'assurer le support d'acteurs clés et/ou d'acheter des votes. De cette manière, la possibilité d'une alternance pacifique du pouvoir devient, en pratique, quasiment impossible, sauf à voir une mobilisation interne particulièrement importante de l'ensemble des oppositions. Une mobilisation qui serait motivée en premier lieu par une volonté de restauration de la démocratie et de l'État de droit.

Au-delà de ces étapes-clés, il convient de prendre en compte l'utilisation possible de tactiques multiples lorsque de nouveaux autocrates cherchent à réaliser le scénario décrit ci-dessus.

Afin de donner un bref aperçu, non-exhaustif, des tactiques les plus courantes pour mettre en œuvre un processus d'autocratisation, le tableau ci-dessous donne des exemples de tactiques, si l'on ose dire « classiques », par objectif transversal (entendu comme l'objectif poursuivi par ceux dont l'ambition est d'organiser délibérément un processus systématique de régression de l'État de droit et plus largement, de la démocratie).

DESIGNING RESISTANCE. DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND THE THREAT OF BACKSLIDING, 2023²⁷

- 01.** Purger, noyauter et/ou instrumentaliser le pouvoir judiciaire (par exemple, en abaissant l'âge de la retraite des magistrats de manière rétroactive ou en créant une nouvelle chambre au sein d'une cour existante pour mettre en œuvre de manière sélective un nouveau régime disciplinaire pour les juges)
- 02.** Fausser les règles du jeu électoral (par exemple, en prenant le contrôle des autorités impliquées dans l'organisation des élections, le contrôle des comptes de campagne et des financements politiques, le contrôle juridictionnel des élections, etc.)
- 03.** Affaiblir le pouvoir de l'opposition existante (par exemple, par le biais d'audits comme un contrôle fiscal ou des poursuites pénales arbitraires)
- 04.** Créer une coquille démocratique (par exemple, en empruntant de manière abusive des institutions, lois ou pratiques étrangères – une pratique décrite comme aboutissant à la mise en place d'un « Frankenstate »)
- 05.** Transférer des compétences ou créer des institutions parallèles (par exemple, en créant de nouvelles institutions à qui on réalloue des pouvoirs existants)
- 06.** Réorganisation des chaînes de commandement et de responsabilité (par exemple, en modifiant les procédures de nomination dans la fonction publique ou les institutions de la « quatrième branche » comme l'institution nationale des droits fondamentaux)
- 07.** Enquêtes, poursuites et sanctions arbitraires que ce soit au niveau administratif ou pénal ou via des autorités de régulation (par exemple, par des poursuites pénales sélectives ou pleinement arbitraires selon les orientations politiques de la personne visée)
- 08.** Contournement des règles en matière de limitation des mandats (par exemple, en opérant des rotations entre différentes fonctions, ou en déclarant un régime d'exception au nom d'une prétendue urgence) ou, plus ambitieusement, extension des pouvoirs exécutifs (par exemple, en révisant ou en adoptant une nouvelle constitution ou en ignorant les conventions constitutionnelles)
- 09.** Enracinement temporel (par exemple, en exigeant une nouvelle majorité qualifiée pour modifier certaines politiques publiques qui ont été depuis « constitutionnalisées » ou mettre fin au mandat d'autorités telle qu'un procureur général national)
- 10.** Réduction de l'espace civique (par exemple, en réprimant les organisations de la société civile par divers moyens juridiques, en réorientant les dépenses publicitaires vers des médias « amicaux », ou en utilisant des critères vagues pour accorder ou refuser des avantages fiscaux, subventions, etc.)

27. Cette étude distingue plus de 50 tactiques spécifiques ayant été mise en œuvre par ceux que nous avons appelé les « nouveaux autocrates ». Étude disponible en ligne : <https://www.idea.int/publications/catalogue/designing-resistance-democratic-institutions-and-threat-backsliding>

Le modèle des autocrates est donc un modèle de « capture constitutionnelle » (*constitutional capture*) qui « vise à affaiblir de manière systématique les contre-pouvoirs et, dans les cas extrêmes, rendre tout vrai changement de pouvoir extrêmement difficile ». ²⁸ Pour atteindre cet objectif, généralement de manière déguisée, un programme de recul ou régression en matière de démocratie et d'État de droit (la notion de

« backsliding » est communément utilisée en anglais) va être mis en œuvre.

Ce programme doit être compris comme un processus d'autocratisation par lequel des autorités publiques, contrôlées par une nouvelle majorité « populiste/autoritaire », mettent en œuvre de manière délibérée un plan qui vise à affaiblir systématiquement, détruire ou s'assurer du contrôle effec-

tif des pouvoirs et contre-pouvoirs internes afin d'empêcher, en pratique, toute alternance du pouvoir. Autrement dit, ce processus autorise l'établissement (ou rétablissement) de régimes hybrides ou « autocraties électorales » et la consolidation de régimes où les représentants du parti au pouvoir (ou de la coalition au pouvoir) affirment détenir l'autorité exclusive pour agir au nom du « peuple ».

Même si diverses notions ont pu être utilisées pour décrire ce processus d'autocratisation – on peut par exemple les notions d'« autoritarisme furtif », de « dégradation démocratique » ou encore de « régression autoritaire », elles renvoient à un même phénomène dont la mise en œuvre peut néanmoins varier selon les circonstances propres à chaque pays pertinent. L'essentiel est de ne pas confondre un processus délibéré et systémique de régression démocratique et de l'État de droit et des problèmes, persistants ou non, qui reflètent des déficiences structurelles de la démocratie et/ou de l'État de droit dans des pays qui font face à une corruption endémique, des moyens institutionnels faibles, ou encore des ressources insuffisantes au niveau de leur administration ou de la justice.

Sans vouloir nier la réalité et l'importance des problèmes d'un point de vue de l'État de droit qui se retrouvent dans certains pays membres de l'UE ayant historiquement un pouvoir judiciaire faible, insuffisamment doté en ressources, un parquet étroitement contrôlé par la puissance en place, ou encore un niveau de corruption élevé, la situation en Hongrie – ou encore en Pologne (entre 2015 et 2023) – repré-

sente un défi d'une tout autre nature en ce que le recul de la démocratie et de l'État de droit a été une stratégie délibérément planifiée et poursuivie par les autorités publiques dans le but de miner fondamentalement le pluralisme et créer de facto un système de parti unique où la rotation pacifique du pouvoir n'est pratiquement plus possible en raison de la capture formelle ou informelle de l'ensemble des pouvoirs et contre-pouvoirs.

Pour le dire autrement, un processus délibéré de déconstruction systématique de la démocratie et de l'État de droit est un problème différent de celui de l'absence de capacité de construire et consolider un véritable État de droit ou encore de violations ponctuelles des principes de l'État de droit sans intention d'enclencher un processus d'autocratisation de manière systémique. Il convient d'être particulièrement soucieux de situations où cette régression apparaît comme une stratégie délibérée du parti au pouvoir qui, suite à de nouvelles élections, enclenche un processus d'autocratisation dans la perspective de confisquer la majorité si ce n'est pas l'intégralité du système étatique avant les élections législatives suivantes.

Dans les développements qui vont suivre, nous résumerons comment cette stratégie a été mise en œuvre en Hongrie et en Pologne (entre 2015 et 2023) avant de souligner les pays de l'UE qui connaissent un processus de recul démocratique et/ou de régression de l'État de droit selon divers indices avant que la situation en France soit examinée.

1.2 COMMENT CONFISQUER LE POUVOIR EN UN SEUL MANDAT ÉLECTORAL : L'EXEMPLE DE LA HONGRIE D'ORBÁN

ÉLÉMENTS CLEFS DE LA RÉVOLUTION AUTOCRATIQUE PAR VOIE CONSTITUTIONNELLE DE VIKTOR ORBÁN :

01. Adoption précipitée de la nouvelle Loi Fondamentale du 18 avril 2011
02. Procédure d'élaboration fermée excluant la participation de l'opposition, d'experts, société civile, etc.
03. Une consultation nationale faussée qui n'inclut pas le texte du projet de Loi Fondamentale
04. Une avalanche de lois dites organiques, 49 lois de ce type ayant été adoptées dans les 18 mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Loi Fondamentale le 1er janvier 2012
05. La constitutionnalisation de dispositions jugées antérieurement inconstitutionnelles par la Cour Constitutionnelle par le biais d'une révision constitutionnelle de 2013 annulant l'ensemble de ses décisions datant d'avant le 1er janvier 2012.

En 2010, peu de temps après l'élection du parti de Viktor Orbán, le Fidesz, qui jouissait d'une majorité suffisamment large au Parlement pour réviser la constitution hongroise, une révision complète du cadre constitutionnel a commencé. En pratique, ce processus s'est concrétisé par des révisions de la constitution multiples et incessantes avant de précipiter l'adoption d'une nouvelle constitution dans un intervalle de 35 jours calendaires à partir de la soumission du projet de révision au Parlement, et ce en ayant recours à une procédure qui n'a pas inclus les partis d'opposition ou encore la société civile. Afin de donner une apparence de légitimité populaire, un questionnaire avait néanmoins été envoyé aux citoyens, juste avant l'élaboration du projet de révision. Mais outre le fait que leurs réponses n'ont jamais été incorporées dans le document final, la majeure partie des questions posées n'étaient pas directement pertinentes en ce qui concerne le projet de nouvelle loi fondamentale. Ainsi que l'a noté à juste titre un député européen portugais en 2013 : « l'ampleur des réformes systématiques et globales du cadre constitutionnel et institutionnel menées dans un temps exceptionnellement court par le gouvernement et le parlement hongrois est sans précédent ».²⁹

28. J.-W. Müller, « Rising to the challenge of constitutional capture », Eurozine, 21 mars 2014, <http://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture>

29. Rapport Tavares sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie, 2012/2130(INI), 24 juin 2013, considérant Y.

Les premiers pas de la Hongrie vers un régime de type autocratie électorale ont été facilités par deux « défauts de conception constitutionnelle » qui se sont renforcés mutuellement. Le premier permet l'obtention d'une super-majorité des deux tiers au sein du Parlement sur la base d'une majorité simple des votes exprimés. Le second est de pouvoir réviser la constitution sur la base de cette super-majorité des deux tiers du Parlement. Une fois la possibilité de réviser à volonté la constitution ouverte, il n'a fallu que peu de temps au Fidesz de Viktor Orbán pour entreprendre « une refonte complète du cadre juridique via l'adoption d'une nouvelle Loi Fondamentale (la constitution) et la révision d'un nombre significatif de lois organiques, dont la législation électorale » qui « ont toutes été modifiées et largement adoptées sans passer par une consultation publique ou un dialogue inclusif ». Le résultat est une refonte sans précédent de l'ordre constitutionnel hongrois par le biais notamment d'un affaiblissement systématique des « contre-pouvoirs préalablement établis ».³⁰

Durant la période de 2010 à 2014, plus de 800 nouvelles lois ainsi que des révisions constitutionnelles majeures ont ainsi été adoptées. L'ensemble de ces révisions ont permis d'éroder de manière *délibérée* la juridiction de la Cour Constitutionnelle, l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la Commission électorale éliminant ainsi les contre-pouvoirs (*checks and balances*) et consolidant le pouvoir du parti majoritaire.³¹ Simultanément, des « purges » ont eu lieu au sein de l'administration et seuls les sympathisants fidèles au parti ont été recrutés. On notera en particulier que lorsque la coalition de Viktor Orbán est arrivée au pouvoir en 2010, cette dernière a immédiatement modifié les procédures de recrutement au sein de l'administration pour créer un système de recrutement « à volonté » pour une période d'un an, jusqu'à ce que la Cour Constitutionnelle ne stoppe cette pratique. Au cours de cette seule année, plus de 3000 agents publics ont été renvoyés sans motif, ce chiffre incluant un tiers des employés du service audiovisuel public. A la suite de ce qui s'apparente à une purge motivée officiellement pour des raisons budgétaires, le nombre total d'employés a augmenté de près de 18% durant les 3 premières années de la coalition de Viktor Orbán.

Afin de montrer rapidement comment les « arbitres institutionnels » ont été attaqués avant d'être capturés par Orbán, l'exemple de la Cour Constitutionnelle (CC) peut être donné. Afin de « dompter » la CC avant d'en prendre le contrôle total, la compétence juridictionnelle et la composition de cette dernière ont été modifiées. Avant 2010, chaque nommé à la CC devait ainsi être approuvé par la majorité des partis au Parlement puis élu par une majorité des deux tiers lors d'un vote du Parlement. Par conséquent, les différentes sensibilités politiques bénéficiaient d'une représentation équilibrée au sein de la CC. Suite à l'entrée en vigueur de la Loi Fondamentale, seule l'exigence d'une majorité des deux tiers a été conservée. La Loi Fondamentale a aussi augmenté le nombre de juges siégeant au sein de la CC les faisant passer de 11 à 15 membres. De même, la durée de leur mandat a été portée

de 9 ans à 12 ans. Par ces différentes révisions, la coalition gouvernementale a pris le contrôle effectif de la CC en 2015 lorsque 11 des 15 juges de la Cour ont été désignés par la seule majorité du Fidesz-KDNP. Pendant le processus de capture du CC, un nombre important de changements complémentaires ont été pratiqués afin d'affaiblir le pouvoir de la CC. Par exemple, la CC a été privée de son pouvoir de contrôle sur les pétitions populaires visant à demander un contrôle de constitutionnalité a posteriori.

Parallèlement à ce processus d'affaiblissement progressif et de capture de la CC, l'indépendance des juges a été significativement compromise par le jeu de multiples « réformes ». Pour faire bref, on peut simplement mentionner ici l'abaissement avec effet immédiat, en 2011, de l'âge de mise à la retraite des juges. Pour les juges qui souhaitaient raisonnablement travailler jusqu'à 70 ans – âge de départ à la retraite pour les juges depuis 1869 – ce changement a eu pour effet de les forcer de quitter leurs fonctions à l'âge de 62 ans avec effet immédiat. Cette révision a conduit au départ et au remplacement de 8% des 2900 juges hongrois dont 27% des juges de la CC et plus de 50% des présidents de cours d'appel. Une fois la mise à la retraite forcée des juges réalisée – ce qui fut fait rapidement afin de changer la situation sur le terrain et de mettre les juges nationaux et européens devant un fait accompli – le gouvernement de Viktor Orbán a adopté de nouvelles lois visant à protéger les nouveaux « juges » spécialement choisis par Viktor Orbán, notamment au niveau de leur immutabilité, afin empêcher tout nouveau gouvernement éventuel de revenir sur leurs nominations faites sur la base de lois et procédures grossièrement contraires au droit national et européen.

Un autre aspect important du glissement progressif de la Hongrie vers l'autoritarisme de fait réside dans les modifications répétées des lois électorales. Ces dernières ont été modifiées significativement de manière à réduire la possibilité d'altérer la structure du pouvoir. Les circonscriptions ont par exemple été redéfinies afin de favoriser les candidats du parti et de nouvelles dispositions juridiques ont été adoptées pour s'assurer que les votes des listes complémentaires soient reportés vers le parti vainqueur. Des membres loyaux du parti ont été de même nommés au sein de la Commission électorale pour s'assurer de la mise en œuvre « correcte » des nouvelles règles.

Les médias ont été une autre cible importante du nouveau pouvoir en place. Durant ses premières années au pouvoir, la coalition de Viktor Orbán a adopté deux lois majeures sur les médias qui ont consolidé le contrôle de l'ensemble des médias – public et privé, audiovisuel et digital – entre les mains de nouveaux organes régulateurs puissants, eux-mêmes dirigés par des personnes de confiance. Durant ses 4 premières années, le nouveau Conseil des Médias a ainsi entamé plus de 350 actions contre des groupes

30. OSCE, Limited Election Observation Mission Final Report, Hungary Parliamentary Elections, 6 avril 2014, p. 4.

31. K. L. Scheppele, « Autocratic Legalism », The University of Chicago Law Review, vol. 85, 2018, p. 549.

de médias non encore sous la coupe du pouvoir au motif qu'ils n'avaient pas respecté de nouveaux standards qui avaient été laissés délibérément vagues. Le résultat étant une amende considérable dans un nombre important de cas. Une manière plus discrète de soumettre les médias a été la suspension ou la menace de suspension des publicités financées par l'État. Le résultat final a été la cristallisation d'un climat de peur dans lequel une majorité de journalistes a fini par s'autocensurer pour éviter les tracasseries et une perte éventuelle d'emploi.

La coalition au pouvoir a aussi rapidement affaibli les organisations de la société civile jugées non suffisamment dociles ou trop critiques. Par exemple, la coalition a rapidement arrêté de financer les ONG d'opposition en réorganisant le fond civil hongrois et en nommant à sa tête un loyaliste. Le secteur des ONG a ainsi rapidement perdu plus de 10% de ses organisations lorsque la plupart des financements pour le secteur civil ont été brutalement coupés sans être remplacés. Les tactiques de harcèlement administratif et les campagnes de diffamation ont par ailleurs été rapidement mises en place. Elles continuent de perdurer à ce jour.

Pour résumer, la réorganisation autocratique de l'ordre constitutionnel hongrois a pris la forme d'une multitude d'actions juridiques qui ont pris la forme de l'adoption précipitée d'une nouvelle constitution, de multiples révisions constitutionnelles, de nombreuses lois organiques ainsi que pléthore de lois ordinaires adoptées pendant le premier mandat de Viktor Orbán. Durant cette période, le nouveau texte constitutionnel a été

utilisé de manière répétée pour rendre constitutionnel ce qui était auparavant pleinement inconstitutionnel ou illégal.

On pourrait se demander pourquoi cette précipitation juridique et ce « tsunami » de changements constitutionnels, législatifs et réglementaires ? Tout d'abord parce que le premier objectif des « autocrates légalistes » durant leur premier mandat est toujours de s'assurer que les « règles du jeu » soient structurellement truquées en leur faveur avant les prochaines élections. Dans le cas de la Hongrie, cela a conduit non seulement à la réécriture des lois électorales de manière à garantir que le parti soit réélu pour un nouveau mandat en 2014, mais aussi d'attaquer « l'indépendance des institutions cruciales, comme les cours, les médias, le bureau du procureur, les impôts et la commission électorale » ainsi que la CC qui, comme montré plus haut, a pris plus de temps à soumettre.

Au moment des élections législatives de 2014, le principe d'élections libres était devenu en Hongrie un vestige du passé, la Hongrie représentant alors « le premier cas, et probablement le modèle, de recul constitutionnel d'un système démocratique libéral à part entière vers un système illibéral avec des éléments autoritaires forts ».³² Depuis, les élections législatives au caractère inéquitable soigneusement organisées ont été la norme en Hongrie, ce qui n'a pas été d'ailleurs sans inclure également des pratiques de fraude électorale à plus ou moins grande échelle et l'adoption de lois qui légalisent des pratiques pleinement frauduleuses comme le « tourisme électorale ».

RAPPORT DE L'OSCE/BIDDH CONCERNANT LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES EN HONGRIE TENUES LE 6 AVRIL 2014

Le parti gouvernant majoritaire a profité d'un avantage injustifié à cause d'un encadrement excessif de la campagne, d'une couverture médiatique biaisée et des activités de campagne qui ont brouillé la distinction entre les partis politiques et l'État. Le cadre juridique pour ces élections a été modifié substantiellement ces dernières années. Alors que certains changements ont été positifs, un nombre important de modifications clef a affecté négativement le processus électoral, notamment par le retrait de contre-pouvoirs importants.

RAPPORT DE L'OSCE/BIDDH CONCERNANT LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES EN HONGRIE TENUES LE 8 AVRIL 2018

Le chevauchement omniprésent entre les informations gouvernementales et la campagne de la coalition au pouvoir, l'utilisation abusive d'autres ressources administratives ont brouillé la ligne de démarcation entre État et parti [...] la capacité de concurrents à concurrencer le parti à armes égales a été significativement compromise par les dépenses excessives du gouvernement dans de la publicité électorale [...] Le manque général de transparence va à l'encontre des standards internationaux.

C'est à la suite des élections libres mais inéquitables de 2018 que la Hongrie a basculé dans la catégorie des « autocraties électorales » selon l'institut de recherche suédois V-Dem.³³ Pour le dire autrement, la Hongrie est devenue en 2019 le premier État Membre de l'UE qui a cessé d'être une démocratie, une réalité formellement reconnue par le Parlement européen depuis l'adoption d'une résolution en septembre 2022

et continuellement réaffirmée depuis en dépit du déni persistant à la fois de la Commission européenne et du Conseil.

32. G. Halmai, « The application of European Constitutional Values in EU Member States. The case of the Fundamental Law of Hungary » in C.I. Nagy (dir), The EU Bill of Rights, Eleven Publishing, 2018, p. 16.

33. V-DEM Institut, Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020, p. 14.

Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2025 sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2018/0902R(NLE)), P10_TA(2025)0283

N. considérant que les spécialistes s'accordent de plus en plus à dire que la Hongrie ne peut plus être considérée comme une démocratie; que selon le rapport «Democracy Report 2025» (Rapport sur la démocratie 2025) de l'institut V-Dem de l'université de Göteborg, la Hongrie est caractérisée comme une «autocratie électorale connaissant un épisode d'autocratisation en 2024»; que la Hongrie a été qualifiée de «régime

hybride en cours d'autocratisation» dans le rapport «Nations in Transit 2024» (Nations en transit 2024) de Freedom House; que la Hongrie est considérée comme une «démocratie imparfaite» dans le «Democracy Index 2024» (Indice de démocratie 2024) de The Economist Intelligence Unit; que la Hongrie est classée 79e sur 143 au «World Justice Project Rule of Law Index» (Indice de l'état de droit du World Justice Project) 2025;

Pour résumer, afin de créer et consolider la première autocratie électorale au sein de l'UE, Viktor Orbán a mis en œuvre, de manière délibérée et coordonnée, les éléments autocratiques suivants :

- Instrumentalisation de la constitution de manière offensive ou défensive à des fins partisans ;
- Mise en place d'une procédure législative non-transparente et non-encadrée ;
- Affaiblissement puis prise de contrôle des contre-pouvoirs au sein de l'ordre constitutionnel ;
- Affaiblissement de l'indépendance du pouvoir judiciaire puis prise de contrôle des juridictions suprêmes et ordinaires par divers moyens ;
- Limitation préventive de l'action des futurs gouvernements notamment en constitutionnalisant certains politiques ;
- Organisation d'élections délibérément inéquitables ;
- Fin progressive du pluralisme dans les médias avec notamment la prise de contrôle de tout média important par des oligarques proche du pouvoir ;
- Atteintes répétées à la liberté religieuse ; la liberté académique ; la liberté d'association

- Intimidation répétée des journalistes, universitaires et des membres de la société civile ;
- Intolérance et hostilité répétées à l'égard des groupes minoritaires vulnérables ;
- Violation répétée des obligations internationales ;
- Utilisation répétée de l'État d'urgence ;
- Instauration d'une surveillance d'État qui contrôle de manière intrusive la population hongroise.

La mise en œuvre de ce programme de capture constitutionnelle depuis 2010 a fait de la Hongrie le pays qui a subi le processus d'autocratisation le plus ample *dans le monde* au cours des 20 dernières années selon V-Dem. Autrement dit, la magnitude du déclin démocratique en Hongrie, ce qui n'a pas manqué d'impacter l'État de droit, a fait de ce pays l'exemple-type en matière de régression démocratique sans que les institutions de l'UE ou encore du Conseil de l'Europe ne remette son appartenance à ces deux organisations on se permettra de remarquer.

34. Cette liste regroupe ce que le V-Dem Institute décrit comme "stand-alone autocratizers", c'est-à-dire les pays qui subissent un processus d'autocratisation continu depuis une certaine date après une période de relative stabilité. Voir V-Dem Institute, Democracy Report 2026. Unravelling the Democratic Era?, table 4, mars 2026, p. 23.

10 PAYS AYANT SUBI UN DÉCLIN DÉMOCRATIQUE LE PLUS AMPLÉ DANS LE MONDE POUR LA PÉRIODE 2005-2025³⁴

RANK	COUNTRY	EPISODE START	CHANGE ON LDI
1	Hungary	2009	-0,451
2	Serbia	2009	-0,313
3	India	2008	-0,309
4	USA	2023	-0,218
5	Mexico	2019	-0,207
6	Peru	2020	-0,200
7	Greece	2019	-0,195
8	Slovakia	2022	-0,187
9	Argentina	2023	-0,171
10	Kuwait	2023	-0,167

La Hongrie n'est pas cependant le seul État membre de l'UE ayant subi ou subissant un processus d'autocratisation – le tableau ci-dessus inclut deux autres États membres : La Grèce et plus récemment, la Slovaquie. Une crise de l'État de droit particulièrement intense par sa rapidité et étendue a également frappé la Pologne de fin 2015 à novembre 2023

quand un nouveau gouvernement fut élu sur un programme qui promettait notamment la restauration de l'État de droit. Avant 2023, la Pologne avait été identifiée par V-DEM comme le second pays dans le monde après la Hongrie en ce qui concerne l'amplitude de son déclin démocratique en prenant comme point de départ l'année 2003.

1.3 ÉTAPES CLEFS DE LA TENTATIVE (AVORTÉE) DE TRANSFORMATION DE LA POLOGNE EN SECOND RÉGIME AUTORITAIRE DE L'UE

« Viktor Orbán nous a montré comment gagner » a affirmé Jaroslaw en 2011, 18 mois après que le Fidesz se soit assuré une majorité des deux tiers au Parlement. « Un jour viendra où nous réussirons et nous aurons Budapest à Varsovie ».³⁵ Ce jour est arrivé le 25 octobre 2015 quand les élections législatives ont été remportées par le parti de M. Kaczyński, connu sous le nom de Droit

et Justice (PiS). Sous le gouvernement de M. Kaczyński, la Pologne devint en quelques années le pays s'étant le plus autocratisé dans le monde dans la période 2010-2020, dépassant même la Hongrie de M. Orbán pour un temps sans toutefois que la phase de régression intense connue par la Pologne la fasse passer dans la catégorie des autocraties électorales.

TOP 10 DES PAYS SUJETS À UN PROCESSUS D'AUTOCRATISATION DANS LE MONDE AU COURS DE LA DÉCENNIE 2010-2020 ³⁶						
		Change	LDI 2010	LDI 2020	Regime type 2010	Regime type 2020
1	Poland	-0,34	0,83	0,49	Liberal Democracy	Electoral Democracy
2	Hungary	-0,32	0,68	0,37	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
3	Turkey	-0,29	0,40	0,11	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
4	Brazil	-0,28	0,79	0,51	Electoral Democracy	Electoral Democracy
5	Serbia	-0,27	0,51	0,24	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
6	Benin	-0,26	0,55	0,29	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
7	India	-0,23	0,57	0,34	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
8	Mauritius	-0,23	0,73	0,50	Liberal Democracy	Electoral Democracy
9	Bolivia	-0,18	0,41	0,231	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
10	Thailand	-0,17	0,34	0,17	Electoral Autocracy	Closed Autocracy

Une différence clef entre la descente autocratique de la Hongrie et la Pologne tient à l'incapacité de M. Kaczyński à obtenir une majorité constitutionnelle, ce qui a amené ce dernier à violer régulièrement la constitution polonaise. Par conséquent et contrairement à la situation en Hongrie où M. Orbán a pu rapidement adopter une nouvelle constitution compatible avec son projet autocratique, la Pologne a connu un « coup d'état constitutionnel »³⁷ insidieux et progressif que le tribunal constitutionnel polonais, une fois tombé sous la coupe de M. Kaczyński, a tenté de masquer en prétendant que ce qui était inconstitutionnel hier est constitutionnel aujourd'hui...

Depuis, la Cour européenne des droits de l'homme et de manière encore plus nette, la Cour de justice de l'UE ont établi – de nombreuses années après – que le tribunal constitutionnel polonais a cessé d'être un tribunal indépendant et impartial en raison des graves irrégularités ayant entaché la nomination de trois des juges ainsi que de sa présidente en 2015 et 2016 respectivement.³⁸

Une autre différence avec ce qui s'est passé en Hongrie concerne le pouvoir judiciaire : plutôt que de se contenter de la capture du tribunal constitutionnel et des cours suprêmes, c'est l'ensemble des tribunaux et des juges que la coalition de M. Kaczyński a cherché à mettre immédiatement au pas. Cela étant fait, M. Kaczyński a scrupuleusement suivi les étapes de « capture constitutionnelle » précédemment présentées et a immédiatement cherché à prendre le contrôle du secteur public des médias.

Ces deux éléments constituent d'ailleurs les deux justifications principales mises en avant par la Commission européenne en janvier 2016 pour annoncer la première utilisation de son nouveau cadre de protection de l'État

35. N. Buckley, H. Foy, « Poland's new government finds a model in Orbán's Hungary », Financial Times, 6 janvier 2016.
36. V-DEM, Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021, p. 19.
37. W. Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford University Press, 2019.
38. Voir le jugement de la CJUE du 18 décembre 2025 dans l'affaire C-448/23, Commission c/ Pologne.

de droit face à la situation en Pologne. On se concentrera cependant ici sur la première dimension : la mise au pas progressive du pouvoir judiciaire.

La première cible de la nouvelle majorité au pouvoir a été le Tribunal Constitutionnel (TC ci-après) qui en moins d'un an a été capturé grâce à l'adoption de lois manifestement inconstitutionnelles et de nominations tout aussi inconstitutionnelles alors même que de multiples jugements rendus par le TC avant sa capture par le pouvoir étaient ouvertement violés. Pourquoi tant de hâte ? Pour permettre l'adoption de lois manifestement inconstitutionnelles qui facilitent la confiscation du reste du système sans prendre le risque de devoir continuer à expliquer au public pourquoi le gouvernement continue d'ignorer les jugements du TC. Ceci étant, de multiples lois grossièrement inconstitutionnelles ont été adoptées avant même la prise de contrôle effective du CT. Peuvent ainsi être mentionnées :

- La loi du 30 décembre 2015 portant modifications de la loi sur les agents publics et d'autres lois ;
- La loi du 15 janvier 2016 portant modifications de la loi sur la Police et d'autres lois ;
- La loi du 28 janvier 2016 sur le ministère public ;
- La loi du 18 mars 2016 portant modifications de la loi sur l'Ombudsman et d'autres lois ;
- La loi du 22 juin 2016 sur le Conseil National des Médias ;
- La loi du 10 juin 2016 sur les actions antiterroristes ;
- Total de 13 lois réorganisant fondamentalement le système judiciaire en l'espace de deux ans (2015-2017).

Concernant la « réorganisation » - mise au pas en pratique - du pouvoir judiciaire, l'ensemble des organes clés ont été capturés grâce à un déferlement de mesures législatives dans un contexte où les juges qui s'opposaient à ces lois manifestement inconstitutionnelles et incompatibles avec le droit européen étaient la cible de campagnes de diffamation par des médias pro-gouvernementaux. On peut ainsi mentionner le Conseil National de la Magistrature (CNM ci-après), dont seulement 32% des membres étaient élus par des politiques auparavant et qui est devenu en 2018 un organe totalement dominé par la coalition au pouvoir suite à sa restructuration (manifestement inconstitutionnelle) via une loi adoptée le 8 décembre 2017.

La prise de contrôle du CT suivie de celle du CNM ont grandement facilité la « capture » de la Cour Suprême grâce à la création (une nouvelle fois en violation flagrante de la Constitution polonaise, du droit de l'UE et du droit de la CEDH) de deux nouvelles chambres, la nomination (irrégulière) d'un nouveau Premier Pré-

sident, et de multiple nominations illégales via le néo CNM au particulier au niveau de la Cour suprême, en violation flagrante d'ordonnances suspendant un certain nombre de nominations. De nombreuses pseudo « réformes » législatives ont aussi affecté les cours ordinaires, laissant ces dernières face à des changements importants dans leurs personnels et une politisation flagrante du système disciplinaire qui est depuis lors devenu un instrument de harcèlement des juges mais également des procureurs qui refusent de se soumettre au nouveau pouvoir.

En plus de l'utilisation à une échelle industrielle de ce nouveau régime disciplinaire contre les juges et procureurs « critiques », la majorité au pouvoir (avant les élections de 2023) réussit à prendre totalement le contrôle du Ministère public en 2016 par l'intermédiaire d'une loi qui a fusionné les fonctions de Procureur Public Général avec celles de Ministre de la Justice.

Pour citer Adam Bodnar, alors Commissaire polonais pour les Droits de l'Homme, les nombreux changements législatifs adoptés par les autorités polonaises depuis la fin 2015 ont créé « un espace juridique alternatif [...] dans lequel la majorité au pouvoir peut adopter des lois inconstitutionnelles, nommer illégalement des membres du Tribunal Constitutionnel, du Conseil National de la Magistrature, de la Cour Suprême, ou sanctionner disciplinairement ou pénalement et selon son bon vouloir ceux qui adoptent des positions qui ne correspondent pas à ses attentes ».³⁹

Afin de créer et consolider cet « espace juridique alternatif », la coalition de M. Kaczyński a utilisé de manière récurrente soit des institutions qui existaient avant 2015 et dont ils avaient réussi à prendre le contrôle (e.g. le TC ou le CNM) ou de nouveaux organes spécialement créés pour faciliter la sanction de ceux qui s'opposeraient à cet « espace juridique alternatif » (e.g. la Chambre Disciplinaire). L'ensemble de ces développements firent de la Pologne, pour un temps, l'exemple le plus dramatique de régression en matière de démocratie, État de droits et droits fondamentaux au sein de l'UE, surpassant même désormais la Hongrie de M. Orbán selon plusieurs indices.⁴⁰

En ce qui concerne la tentative de mettre au pas le système judiciaire et de prémunir un contrôle juridictionnel effectif des pouvoirs exécutif et législatif, on donnera l'exemple de l'indice du *World Justice Project* qui permet de mesurer l'évolution du score de la Pologne en matière de « contraintes » encadrant l'exercice du pouvoir exécutif, qui est le facteur clé pour détecter un processus d'autocratisation (le score maximum étant de 1).

39. Tierce intervention dans l'affaire Grzęda c. Pologne, CEDH, requête n° 43572/18, para. 49 : https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Amicus_RPO_12.12.2019.pdf

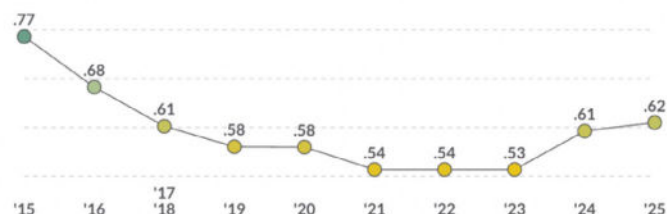
40. Freedom House, Nations in Transit 2021, p. 2.

« CONTRAINTES PESANT SUR LE POUVOIR EXÉCUTIF », SCORE DE LA POLOGNE POUR LA PÉRIODE 2015-2025⁴¹

FACTOR 1 | Constraints on Government Powers for Poland, 2015 - 2025

Poland scores for Constraints on Government Powers from 2015 to 2025. (Use the left menu to explore other scores.)

Scores are graphed to their unrounded values to demonstrate change over time.



En 2023, le score de 0.53 classait la Pologne 66e sur 142 pays, la Pologne se trouvant alors derrière le Guyana et devant le Panama.

De nombreux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'UE ont depuis établi l'incompatibilité avec les exigences découlant de l'État de droit de chacune des lois et autres mesures prises en Pologne entre 2015 et 2023 qui leur ont été soumises. La Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, a fait face à une avalanche de recours et a été saisie de plus de 1100 affaires (chiffre communiqué en novembre 2025) contre la Pologne.

Ces recours étaient relatifs aux changements visant l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire. Face à une telle avalanche, la Cour a exceptionnellement adopté un arrêt dit « pilote » le 23 novembre 2023 dans l'affaire *Walęsa c. Pologne*.⁴² Dans son arrêt, la Cour a souligné les violations systémiques du droit à un procès équitable en raison des multiples problèmes systémiques interdépendants créés par les autorités polonaises dans leur tentative de prendre le contrôle absolu du système judiciaire entre 2015 et 2023.

La nouvelle coalition gouvernementale, élue en novembre 2023, n'a cependant pas été en capacité de prendre les mesures législatives et autres mesures appropriées pour mettre son ordre juridique en conformité avec les exigences d'un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi ». En effet, l'élection présidentielle polonaise de 2025 a vu la victoire du candidat appartenant à l'ancienne coalition. Ce dernier s'est depuis opposé à toute tentative de restauration de l'État de droit.

Il s'est distingué dernièrement par une proposition de loi dictatoriale qui vise inter alia à permettre de démettre d'office tout juge polonais qui appliquerait les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'UE et de punir d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à dix ans pour tout officiel qui « oserait » remettre en question ses pouvoirs de nommer des juges, peu importe si la procédure suivie est régulière ou non.⁴³ Ce dernier développement suggère que la Pologne pourrait connaître une nouvelle

crise de l'État de droit mais de manière encore plus intense en cas de retour au pouvoir du parti – bien mal nommé – « droit et justice ». Ceci n'est pas sans rappeler l'avertissement de la Commission nationale consultative des droits de l'homme : « il est très difficile de restaurer l'État de droit après son démantèlement, aussi s'impose-t-il de le défendre à temps et, mieux, tout le temps ».⁴⁴

41. World Justice Project, Countries [Poland] : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2025/Poland/>

42. CEDH, requête n° 50849/21.

43. D. Tilles, « Polish president proposes law jailing officials who question his powers », Notes from Poland, 22 février 2026 : <https://notesfrompoland.com/2026/02/22/polish-president-proposes-law-jailing-officials-who-question-his-powers/>

44. CNCDH, Déclaration « pour l'État de droit », op. cit., § 15.

02. ÉVALUATION DE LA SITUATION FRANÇAISE DANS LE RAPPORT ANNUEL SUR L'ÉTAT DE DROIT DE LA COMMISSION

Laurent Pech
Professeur de
droit européen,
Sutherland School
of Law, University
College Dublin

Marie Padilla
Maître de
conférences
de droit public,
Université de
Bordeaux

Lancé pour la première fois en 2020, le rapport annuel sur l'État de droit publié par la Commission européenne offre une synthèse – souvent excessivement positive comme nous le verrons ci-dessous – de la situation de chaque État Membre ainsi qu'un état des lieux transversal. Il couvre, à ce jour, quatre piliers : (i) le système de justice ; (ii) la lutte contre la corruption ; (iii) le pluralisme des médias et (iv) d'autres questions/mécanismes institutionnelles en rapport avec l'équilibre des pouvoirs. Même si ce rapport annuel se focalise formellement sur le seul principe de l'État de droit, ce concept est compris de manière large.

Afin d'offrir un rapide état des lieux sur l'État de droit en France, les principaux constats qui peuvent être tirés des rapports successifs de la Commission de 2020 à 2025 seront brièvement présentés avant d'être mis en perspective face aux exemples de pays ayant été identifiés comme faisant l'objet d'une régression au niveau de l'État de droit ou plus globalement, au niveau de l'ensemble des contre-pouvoirs et autres mécanismes qui caractérisent et soutiennent toute démocratie digne de ce nom.

2.1 SYNTHÈSE DES RAPPORTS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'ÉTAT DE DROIT EN FRANCE (2020-2025)⁴⁵

I PREMIER PILIER : SYSTÈME DE JUSTICE

Pour ce qui concerne le premier pilier analysé par les rapports de la Commission, les rapports se suivent et se ressemblent en grande partie. De manière générale, chaque année, la Commission offre un constat largement positif en se focalisant sur la question des ressources allouées à la justice et du nombre d'initiatives prises par les autorités en vue d'améliorer la qualité et l'efficacité du système de justice français. Dans son rapport de 2025, la Commission a ainsi souligné les efforts budgétaires qui ont été faits pour permettre d'augmenter le nombre de magistrats et la mise en œuvre de projets de numérisation des procédures judiciaires. L'amélioration de l'accès aux décisions en ligne et la diminution des procédures judiciaires ont été également notées. Ces sujets liés à la qualité et l'efficacité du système de justice – et l'appréciation positive de la Commission des efforts des autorités françaises – se

retrouvent de manière quasi-constante dans l'ensemble des rapports de la Commission depuis 2020. La Commission a également toujours pris soin de saluer les réformes relatives au système de justice qui ont été adoptées depuis 2020 comme celle, par exemple, de novembre 2023 sur le statut des magistrats.

Ce n'est pas à dire que la Commission n'offre qu'une vision panglossienne de la situation. Les attaques et critiques virulentes dont les magistrats ont fait l'objet à la suite de décisions judiciaires sont évoqués mais dans un style diplomatique qui minimise la gravité de telles attaques. Le bref diagnostic offert par la Commission à ce propos peut

45. L'ensemble des chapitres consacrés à la situation de l'État de droit en France depuis 2020 sont disponibles en ligne : https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle_en

laisser songeur, la Commission semblant soutenir que l’action du Conseil supérieur de la magistrature, soutenu par le Président de la République, a suffi à défendre l’indépendance de la justice.

De manière générale, la Commission reste éminemment descriptive et se focalise sur les questions qui peuvent être aisément mesurées comme le nombre de magistrats, la numérisation des procédures judiciaires ou leur durée. L’indépendance de la justice ne fait pas l’objet de juge-

ment de valeur, ni d’analyse critique. Il est peu surprenant dès lors de voir le caractère timide, limité et répétitif des recommandations faites par la Commission depuis 2022 qui se limite désormais à une seule recommandation répétée d’année en année. Pourtant, il est aisément possible de penser à d’autres recommandations. Pour ne donner qu’un seul exemple, il est difficile de comprendre pourquoi la Commission européenne ne demande pas à la France de mettre en œuvre les réformes législatives et constitutionnelles identifiées par des organes du Conseil de l’Europe.⁴⁶

RECOMMANDATION(S) RELATIVES AU PREMIER PILIER			
2022	2023	2024	2025
Poursuite des efforts afin d’achever les projets en cours visant la numérisation complète des procédures civiles et pénales ;	Idem (avec « certains progrès » notés) ;	Idem (avec « certains progrès supplémentaires » notés)	Idem (« nouveaux progrès » notés)
Poursuite des efforts pour garantir au système de justice des ressources humaines suffisantes en tenant en compte des normes européennes sur les ressources du système de justice	Idem	[Recommandation antérieure non reproduite sur la base des « nouveaux progrès significatifs » accompli selon la Commission]	

Comme le tableau ci-dessus le montre, la France ne fait donc plus l’objet que d’une seule recommandation en ce qui concerne le système de justice. Cette recommandation se répète d’année en année alors même que l’on peut la juger d’importance mineure du point de vue de l’indépendance judiciaire. Si l’on compare le diagnostic de la Commission avec celui formulé par la CNCDH en 2026 – « La CNCDH exprime une vive préoccupation face aux remises en cause brutales et répétées de l’État de droit ... La CNCDH s’alarme, plus encore, devant le détournement de la notion d’État de droit pour discréditer une décision de justice ou attaquer des magistrats » – on peut s’interroger à la fois sur la pertinence de l’analyse de la Commission et sur son choix de focaliser son approche sur la numérisation complète des procédures civiles et pénales.

II SECOND PILIER : LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

En ce qui concerne le cadre destiné à prévenir et à combattre la corruption dans les secteurs publics et privés, la Commission a souligné l’existence d’un cadre institutionnel et législatif adéquat et salué la réorganisation ou les ressources supplémentaires allouées aux institutions spécialisées (telle que l’Agence française anticorruption), ou encore l’élaboration d’un plan national de lutte contre la corruption 2024-2029.

Les résultats en matière de poursuite et de jugement des affaires de corruption, ainsi que les progrès accomplis au niveau de l’application des règles relatives aux activités de représentation d’intérêts à tous les acteurs concernés, y compris au plus haut niveau de l’exécutif, ont été également régulièrement soulignés. La Commission a néanmoins identifié un nombre de problèmes, en premier lieu celui des ressources limitées allouées aux institutions spécialisées (un problème qui rappelle l’attention portée par la Commission aux ressources allouées au système judiciaire) ou encore le manque de ressources en ce qui concerne la mise en œuvre des règles de protection des lanceurs d’alerte.

Au niveau des recommandations faites depuis 2022, toutefois, on note une focalisation sur la question des règles relatives aux activités de représentation d’intérêts alors même que la Commission a souligné invariablement les progrès accomplis en un tel domaine.

46. Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, Résolution 2534 (2024), point 6.1.
47. CNCDH, Déclaration « Pour l’État de droit », 29 janvier 2026, §§ 13-14.

RECOMMANDATION(S) RELATIVES SECOND PILIER			
2022	2023	2024	2025
Continuer d'enquêter sur les infractions relevant de la corruption a haut niveau, de les poursuivre et de les sanctionner de manière effective ;	Recommandation précédente n'a pas été reproduite en raison de « progrès significatifs » accomplis en ce domaine		
Veiller à ce que les règles relatives aux activités de lobbying soient appliquées de manière cohérente à tous les acteurs concernés, y compris au plus haut niveau de l'exécutif	Recommandation précédente reproduite à l'identique en raison de l'absence de progrès	« Certains progrès » sont notés d'où une reformulation de la recommandation : Intensifier ses efforts pour faire en sorte que les règles relatives aux activités de représentation d'intérêts soient appliquées de manière cohérente à tous les acteurs concernés, y compris au plus haut niveau de l'exécutif	« Nouveaux progrès » sont notés d'où une légère reformulation de la recommandation : Poursuivre les efforts pour que les règles relatives aux activités de représentation d'intérêts soient appliquées de manière cohérente à tous les acteurs concernés, y compris au plus haut niveau de l'exécutif, et pour faire avancer le processus d'adoption des projets de loi sur la représentation d'intérêts

Ici encore, l'évaluation largement positive de la Commission peut susciter des questions. Pour ne donner qu'un seul exemple, une « dégradation alarmante et inédite »⁴⁸ de la situation en France en matière de corruption avait été signalée par l'Indice de Perception de la Corruption en février 2025. Selon *Transparency International*, « cette baisse, sans précédent depuis la création de l'indice en 1995, met en lumière des failles structurelles dans la lutte contre la corruption, aggravées par des scandales récents et une perte de confiance dans les institutions démocratiques. **Le constat de *Transparency International* est sans appel : la France risque de perdre le contrôle de la corruption** ».⁴⁹ Cette dégradation a cependant échappé à la Commission européenne dans son rapport de juillet 2025.

III TROISIÈME PILIER : PLURALISME ET LIBERTÉ DES MÉDIAS

Pour ce qui touche au cadre juridique et institutionnel concernant le pluralisme et la liberté des médias, la situation française fait également l'objet d'une évaluation très largement positive, la Commission évoquant par exemple « un cadre juridique solide (...) fondé principalement sur des garde-fous tant constitutionnels que législatifs ».⁵⁰ En particulier, la Commission a régulièrement souligné des règles et ressources adéquates pour garantir le fonctionnement efficace et autonome de l'autorité indépendante de régulation des médias (Arcom), la présence de garde-fous garantissant l'indépendance des médias de service public, l'accessibilité

des informations relatives à la propriété des médias, les règles qui entourent l'attribution de la publicité d'État, etc.

Les principaux points noirs que l'on retrouve de manière récurrente concernent : (I) la transparence en matière de propriété des médias ; (II) la recrudescence des menaces (en ligne et hors ligne) et agressions à l'encontre des journalistes, en particulier lors de manifestations, mais également des cas d'intimidation de journalistes par la police. Dans l'édition de 2025, la Commission a également mentionné que les journalistes font état de difficultés en ce qui concerne le droit d'accès aux documents officiels mais sans prendre parti sur ce point. En ce qui concerne toutefois les recommandations adressées à la France, la Commission ne s'est focalisée que sur la seule question de la transparence en matière de propriété des médias.

48. Transparency International France, « La France dégringole dans l'Indice de Perception de la Corruption 2024 : Une alerte démocratique inédite », 11 février 2025, <https://transparency-france.org/2025/02/11/la-france-degringole-dans-lindice-de-perception-de-la-corruption-2024-une-alerte-democratique-inedite/>

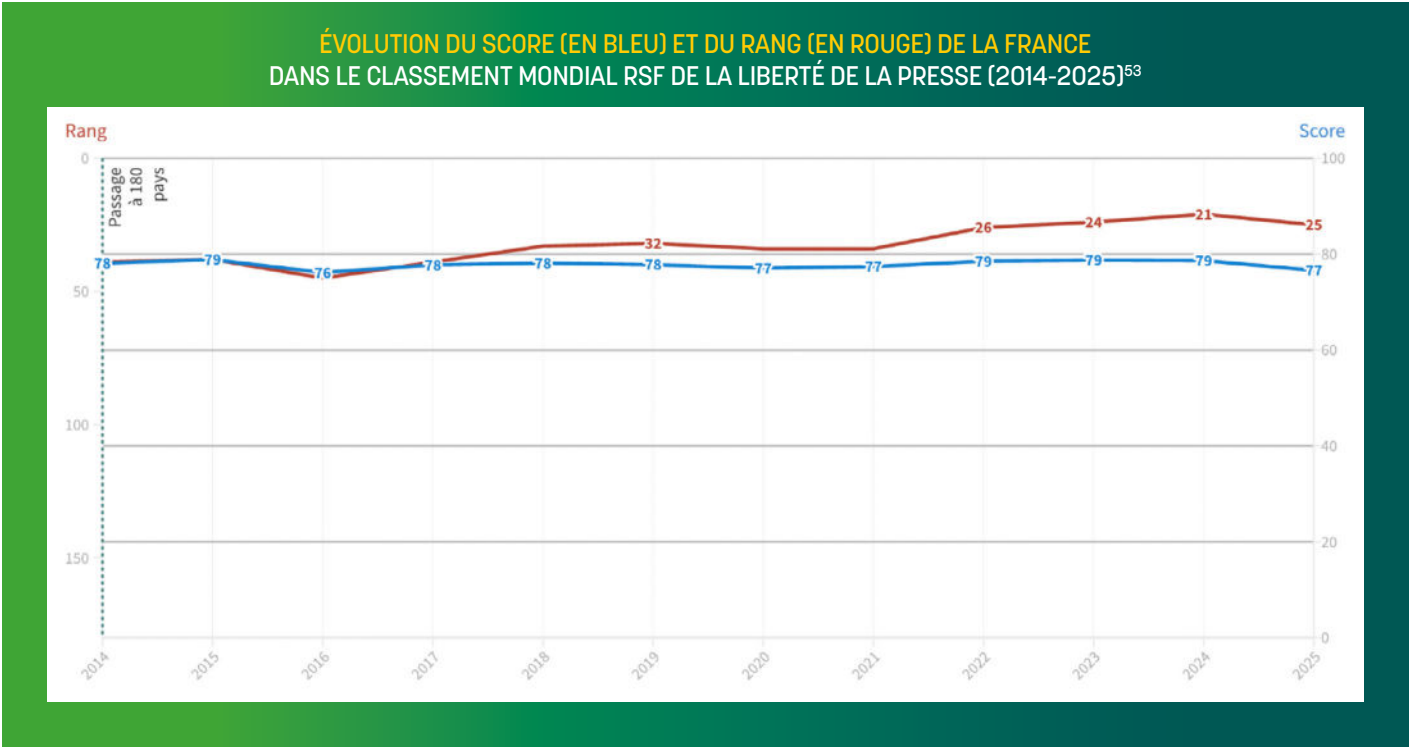
49. Ibid.

50. Rapport 2022 sur l'état de droit. Chapitre consacré à la situation de l'état de droit en France, SWD(2022) 510 final, 13 juillet 2022, p. 1.

RECOMMANDATION(S) RELATIVES AU TROISIÈME PILIER			
2022	2023	2024	2025
« Renforcer la transparence en matière de propriété des médias, en particulier en ce qui concerne les structures d'actionnariat complexes, en s'appuyant sur les garanties juridiques existantes »	Absence de progrès est noté d'où la reproduction quasi-identique de la recommandation de 2022 : « Intensifier ses efforts pour renforcer la transparence en matière de propriété des médias, en particulier en ce qui concerne les structures d'actionnariat complexes, en s'appuyant sur les garanties juridiques existantes »	Absence de progrès une nouvelle fois noté d'où la reproduction à l'identique de la recommandation de 2023	« Des progrès sensibles » sont notés d'où l'utilisation du verbe achever en lieu et place d'intensifier : « Achever les réformes en cours pour améliorer la transparence en matière de propriété des médias, en particulier en ce qui concerne les structures d'actionnariat complexes, en s'appuyant sur les garanties juridiques existantes »

Une fois encore, le constat de la Commission européenne est nettement plus positif que celui établi par les professionnels de ce secteur ou les experts en pluralisme des médias. Selon Reporters sans frontières, par exemple, la France, qui a par ailleurs perdu 4 places dans le classement mondial de la liberté de la presse de 2025, voit sa presse nationale « contrôlée par quelques grandes fortunes » avec « une croissance qui restreint la diversité éditoriale, accroît les risques d'autocensure et pose de

sérieuses questions sur l'indépendance réelle des rédactions vis-à-vis des intérêts économiques ou politiques de leurs actionnaires ». ⁵¹ En ce qui concerne l'évaluation positive de l'Arcom faite par la Commission, on pourra contraster celle-ci avec les nombreux exemples de « carence délibérée » du régulateur relevés par une soixantaine de professeurs de droit et de juristes dans un référé-liberté déposé auprès du Conseil d'État le 4 mars 2026 (mais ultérieurement rejeté pour défaut d'urgence). ⁵²



On renverra également au diagnostic nettement moins optimiste que celui de la Commission, dressé par les experts du Media Pluralism Monitor (MPM) de l'Institut Universitaire Européen.

51. RSF, Classement mondial RSF 2025, <https://rsf.org/fr/classement-mondial-rsf-2025-la-fra-gilisation-%C3%A9conomique-des-m%C3%A9dias-constitue-l-une-des-principales>
52. B. Laemle, « CNews et Europe 1 : 57 universitaires déposent un référé en urgence pour pousser l'Arcom à agir dans la période des municipales », Le Monde, 5 mars 2026.
53. <https://public.flourish.studio/visualisation/22399385/>

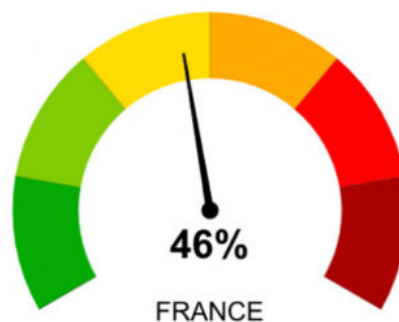
RÉSULTATS DU MPM 2025 POUR LA FRANCE⁵⁴

GENERAL ASSESSMENT

FRANCE

MEDIUM - LOW RISK

RANKING: 12/32



Même si aucune régression systémique n'est notable en ce domaine, la situation en ce qui concerne le pluralisme et la liberté des médias en France devrait au

minimum susciter un constat nettement moins positif et des recommandations plus incisives de la part de la Commission.

2.2 MISE EN PERSPECTIVE

Le rapport annuel sur l'État de droit de la Commission européenne, pour utile qu'il soit, souffre donc d'un certain nombre de faiblesses persistantes. Il continue, par exemple, d'utiliser un langage particulièrement euphémistique même en présence de violations manifestes et/ou répétées du droit de l'UE. Un des aspects les plus problématiques de cet outil reste l'absence totale d'analyse en termes d'évolution des États membres au cours d'une période suffisamment longue, ce qui permettrait d'identifier aisément tout processus de « régression ». De même, l'absence totale de distinction entre pays qui connaissent un processus systémique d'autocratisation délibérément organisé par les autorités publiques du pays en question et les pays qui connaissent des problèmes sérieux mais ponctuels ou encore des développements qui posent problèmes dans un secteur particulier sans toutefois traduire une politique globale qui vise à démanteler l'État de droit de manière générale, reste problématique.

Un lecteur non avisé, à la seule lecture du rapport transversal et des chapitres consacrés à la situation dans chacun des États membres de l'UE, pourrait ainsi ne pas se rendre compte que la Hongrie n'est plus considérée comme une démocratie, mais comme la première « autocratie électorale » au sein de l'UE depuis 2019.⁵⁵ En plaçant sur un même plan problèmes systémiques et problèmes sérieux (voire mineurs) mais ponctuels ou encore spécifiques à un domaine particulier, en n'offrant aucune analyse qui se focalise sur la direction prise par le pays en question à court, moyen et long terme, en traitant de la même manière un État membre comme la Hongrie sous Orbán, qui n'est plus une démocratie, et d'autres

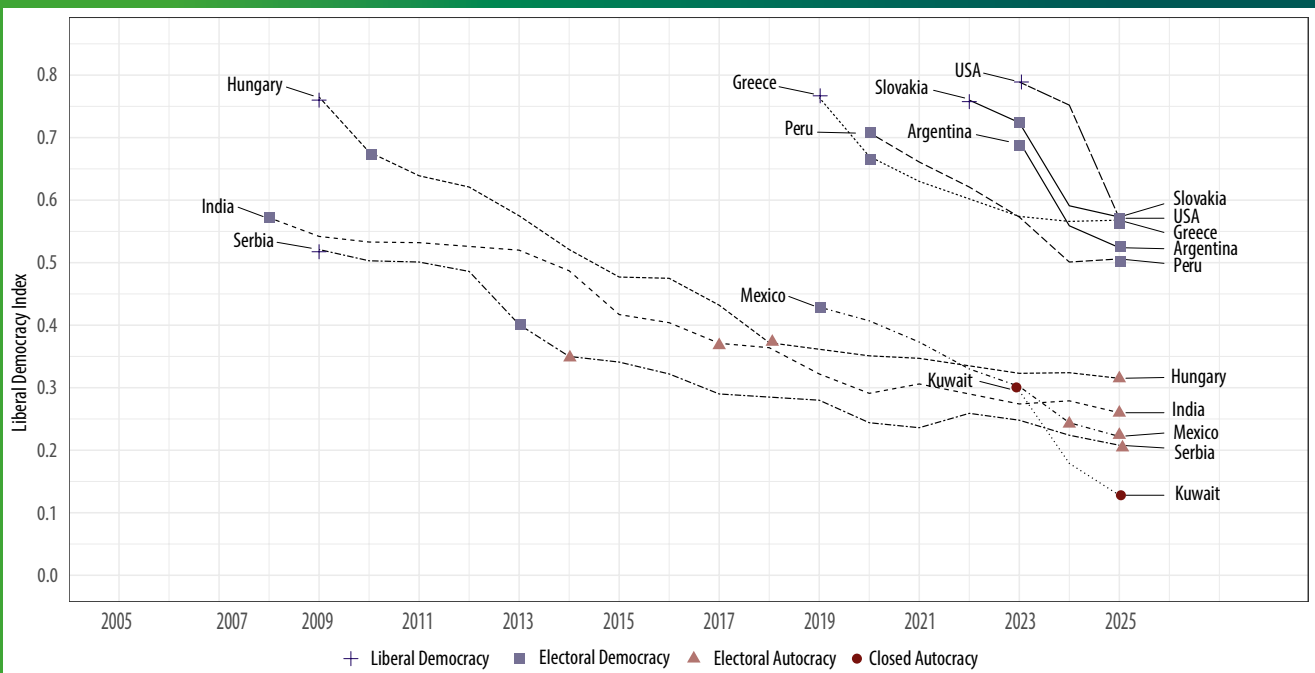
pays qui demeurent des démocraties libérales, le rapport annuel aboutit à minimiser les problèmes les plus sérieux et obscurcir les développements les plus dangereux, le tout paradoxalement pour répondre à l'accusation souvent proférée par Orbán que l'UE ferait preuve d'un « double standard ».

Pour le dire autrement, si un certain nombre de problèmes sérieux et récurrents, ainsi qu'un nombre croissant de développements problématiques, peuvent être décelés en France, la situation n'est en aucun point, du moins pour le moment, comparable avec la situation en Hongrie et d'autres pays qui connaissent une phase d'autocratisation. Selon le dernier rapport annuel de l'Institut V-DEM publié en mars 2026, les pays en phase d'autocratisation persistante au sein de l'UE sont la Hongrie suivie par la Grèce et la Roumanie (dans ce dernier cas, une courte période de démocratisation en 2019-2021 a été suivie d'une nouvelle phase d'autocratisation selon V-DEM). Pour la première fois, d'autres États membres de l'UE ont rejoint la liste des pays subissant un début de processus d'autocratisation : la Croatie ; l'Italie ; la Slovénie et la Slovaquie. Ce dernier pays est d'ailleurs rentré dans le « top 10 » des pays subissant un processus d'autocratisation par ordre de magnitude depuis que ce processus a commencé. On notera par ailleurs que trois autres pays de l'UE ont été ajoutés à la liste des pays susceptibles de connaître un tel processus sous peu : la Bulgarie, Chypre et le Portugal.

54. A. Ouakrat et G. Bienvenu, Country report: France, juillet 2025, <https://hdl.handle.net/1814/92891>

55. V-DEM, Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021, p. 19.

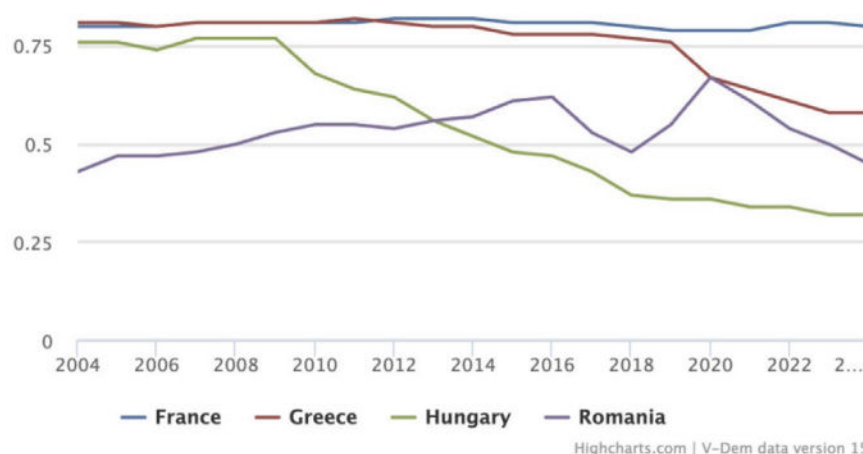
TOP 10 DES PAYS SUJETS À UN PROCESSUS D'AUTOCRATISATION DANS LE MONDE POUR LA PÉRIODE 2005-2025 EN TERMES D'INTENSITÉ DE CE PROCESSUS (CATÉGORIE DES « STAND-ALONE AUTOCRATIZERS »)⁵⁶



Nous avons reproduit ci-dessous l'évolution de l'indice « démocratie libérale » produit par l'Institut V-DEM⁵⁷ pour la période 2004-2024 pour la France, la Hongrie, la Grèce et la Roumanie (ces trois derniers pays ayant été identifiés comme trois États membres de l'UE connais-

sant une phase d'autocratisation, pour cette dernière dans une catégorie spécifique dite des « bell-turn autocratizers », c'est-à-dire des pays connaissant une nouvelle phase d'autocratisation qui avait été brièvement interrompue par une période de démocratisation).

LIBERAL DEMOCRACY INDEX



Un autre indice peut également être particulièrement utile pour détecter tout début de régression au niveau de l'État de droit plus spécifiquement. Parmi les « facteurs » mesurés par l'indice annuel du *World Justice Project*, celui qui mesure « les contraintes pesant sur les pouvoirs gouvernementaux », et en particulier l'indépendance du pouvoir judiciaire, est le plus susceptible de révéler un processus d'affaiblissement systémique des freins et contrepoids.

En comparant l'évolution des scores de la France et de la Hongrie à ce niveau, il est aisé de voir que ces deux pays ne situent aucunement dans la même catégorie.

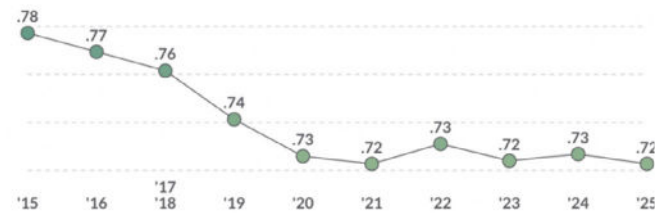
56. V-Dem Institute, Democracy Report 2026, p. 23 [catégorie dite des « stand alone autocratizers »].

57. V-DEM, variable graph : <https://www.v-dem.net/en/analysis/VariableGraph>.

FACTOR 1 | Constraints on Government Powers for France, 2015 - 2025

France scores for Constraints on Government Powers from 2015 to 2025. (Use the left menu to explore other scores.)

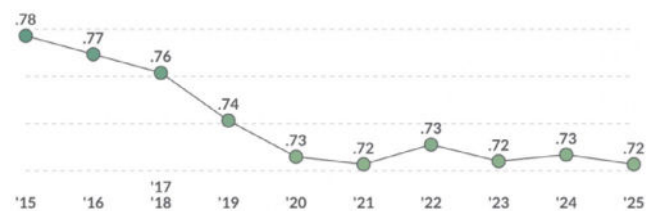
Scores are graphed to their unrounded values to demonstrate change over time.



FACTOR 1 | Constraints on Government Powers for France, 2015 - 2025

France scores for Constraints on Government Powers from 2015 to 2025. (Use the left menu to explore other scores.)

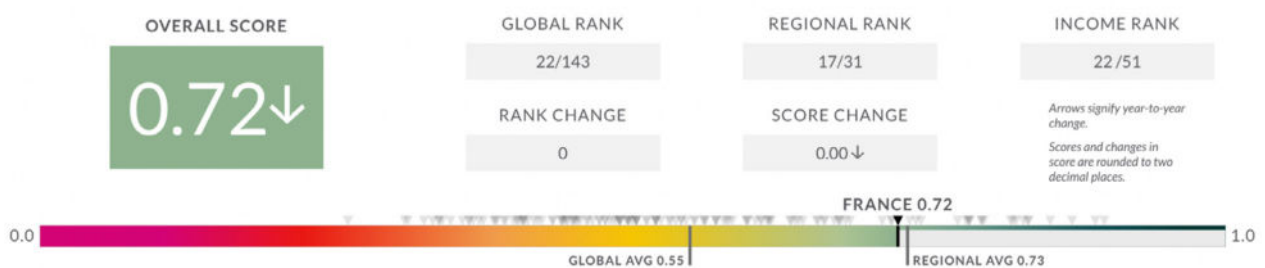
Scores are graphed to their unrounded values to demonstrate change over time.



Ce n'est pas à dire qu'il faille se satisfaire de la performance relativement médiocre de la France (0.72 sur un maximum de 1). La moyenne générale du pays

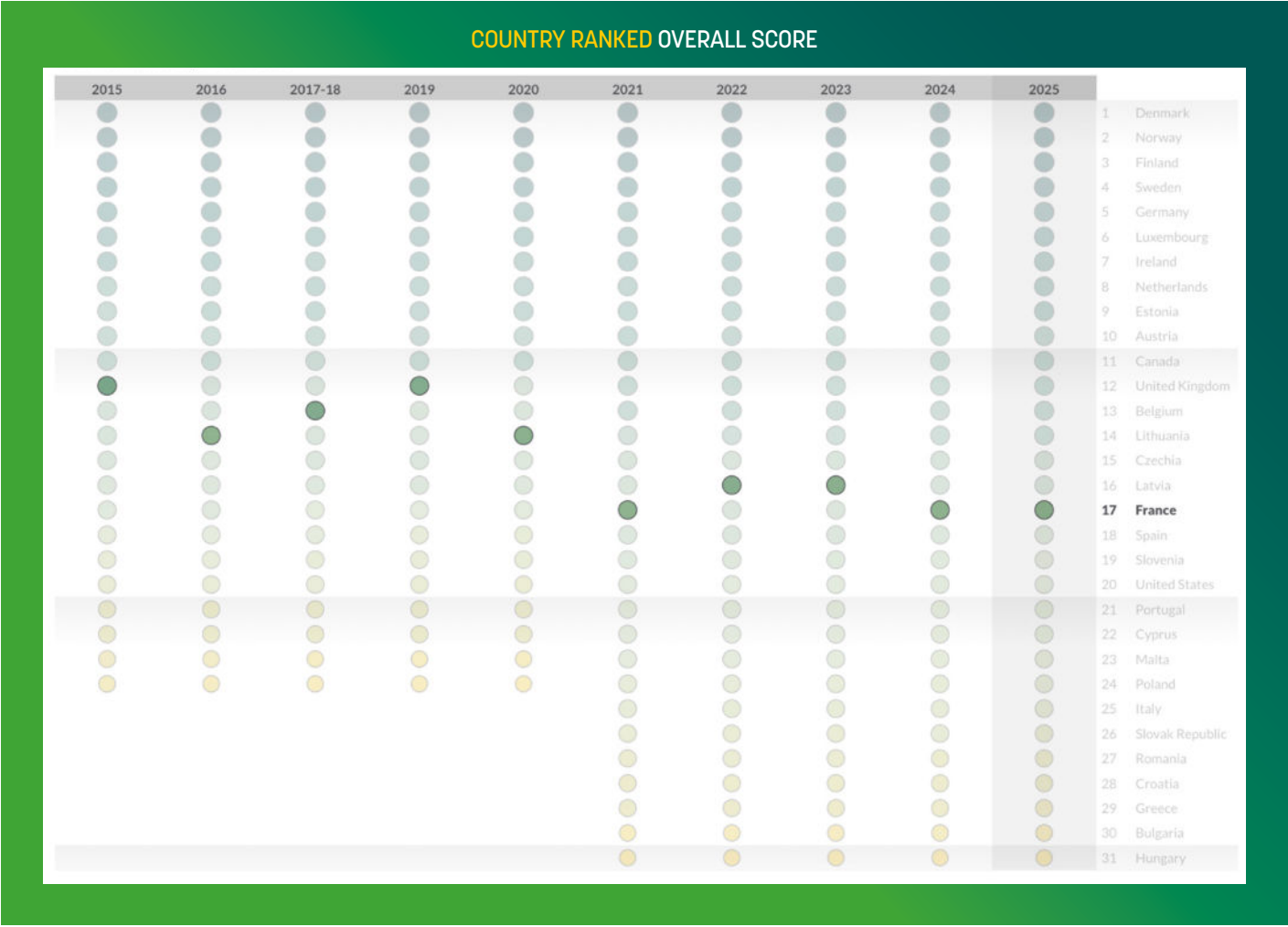
pour cet indice est inférieure à la moyenne générale du groupe (0.73) composé par les États membres de l'UE, de l'AELE ainsi que du Canada et des États-Unis.

France Overall Score, 2025



Afin de mieux se rendre compte de la performance relative de la France par rapport aux autres pays du groupe UE, l'AELE, Canada et États-Unis, ce tableau peut être utile.⁵⁸

58. World Justice Project, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2025/France/historical>



Néanmoins, pour utile qu'il soit, il convient d'utiliser cet indice et ses données avec prudence car il peut masquer une détérioration ou régression dans un domaine particulier, comme par exemple dans l'espace civique. Par ailleurs, la France ne manque pas et ne manquera pas d'être affectée par un contexte global qui se caractérise par une « récession mondiale de l'État de droit »,⁵⁹ une récession qui est avant tout la conséquence d'une montée de l'autoritarisme. Dans un tel

contexte, **il est plus important que jamais d'entamer un travail de nature préventive afin d'anticiper au mieux, et de ralentir éventuellement, toute tentative de mettre en œuvre un agenda de démantèlement systémique de l'État de droit et au-delà, des principes démocratiques et des droits fondamentaux sur lesquels le système juridique français est fondé.**

59. World Justice Project, Le recul mondial de l'État de droit s'accélère, op. cit.

PARTIE 02
ÉTUDE
DU CAS
FRANÇAIS
FORCES ET
FAIBLESSES

03. LA SÉPARATION ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE LÉGISLATIF

Sébastien Platon

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

Marie Padilla

Maitre de conférences de droit public, Université de Bordeaux

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

- La Vème République est caractérisée par un équilibre en faveur de l'exécutif et plus précisément le Président de la République à qui la Constitution donne divers pouvoirs qui pourraient être utilisés par un gouvernement autoritaire afin de mettre le Parlement de côté, voire le contourner, afin d'entreprendre un processus de régression démocratique et de démantèlement de l'État de droit.
- Le mécanisme des ordonnances permet au gouvernement de légiférer en limitant drastiquement le débat parlementaire.
- Le referendum permet également de contourner le Parlement et a déjà été utilisé pour réviser la constitution de façon illégale. Les garanties juridictionnelles sont insuffisantes pour exclure la possibilité qu'un tel contournement de la procédure de révision constitutionnelle arrive à nouveau.
- L'article 16 permet au Président de la République de prendre toutes mesures nécessaires pour faire face à une situation de crise. Les pouvoirs du Président sont très étendus, lui permettant même d'agir dans le domaine de la loi. Les garanties juridictionnelles sont incertaines.

- Les outils du parlementarisme rationalisé peuvent être cumulés par l'exécutif sans aucune limite, comme l'a montré l'épisode de la réforme des retraites. Il en découle une réduction significative du débat parlementaire.
- Il est recommandé de procéder à la modification de plusieurs dispositions constitutionnelles et/ou organiques pour limiter les risques de mise à l'écart du Parlement par un président autoritaire.

La Constitution de 1958 a été conçue en réaction à la IVe République (1946-1958) qui était caractérisée par un Parlement tout puissant et extrêmement divisé et un gouvernement faible et instable. Par contraste, la Ve République est caractérisée par un équilibre en faveur de l'exécutif et plus précisément le Président de la République à qui la Constitution donne divers pouvoirs, sans responsabilité politique, qui pourraient être utilisés par un gouvernement autoritaire afin de mettre le Parlement de côté, voire le contourner, afin d'entreprendre un processus de régression démocratique et de démantèlement de l'État de droit similaire à ce qui a été entrepris en Hongrie puis en Pologne.

Ce renforcement de l'Exécutif est rendu visible par sa capacité à adopter des ordonnances (3.1), à convoquer un référendum (3.2), à déclencher l'article 16 en cas de menace imminente (3.3) et à cumuler sans limites les outils du parlementarisme rationalisé (3.4).

3.1 LE RECOURS AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38

Le moyen le plus simple de réduire le dialogue parlementaire à son minimum est d'avoir recours à l'article 38 de la Constitution. Cet article prévoit que le gouvernement doit demander au Parlement une autorisation pour une période limitée afin d'adopter des ordonnances sur des matières d'ordinaire réservées au Parlement. **Cela implique donc qu'il dispose d'une majorité parlementaire favorable.**

Lorsqu'il demande cette autorisation, appelée « habilitation », le gouvernement doit préciser les raisons pour les mesures qu'il souhaite adopter ainsi que le domaine concerné. Il n'a pas, cependant, à informer le Parlement du contenu des mesures qu'il souhaite

prendre. Ces ordonnances sont adoptées en « Conseil des ministres », ce qui signifie qu'elles sont signées par le Président de la République. Elles doivent ensuite être ratifiées, en termes explicites, par le Parlement. À partir de ce moment, elles ont la même valeur légale qu'une loi adoptée par le Parlement, et ne peuvent dès lors plus être soumises à un contrôle devant les cours administratives, mais seulement à un contrôle de constitutionnalité.

Même si le Parlement est impliqué ex ante et ex post, cette forme de délégation législative est une atteinte sévère à la séparation des pouvoirs et limite drastiquement la possibilité d'un débat parlementaire.

3.2 LES RÉFÉRENDUMS

Si un Président autoritaire souhaite contourner complètement le Parlement afin de mettre en place un régime hybride/autoritaire, il ou elle peut décider de recourir à l'article 11 de la Constitution française. Conformément à cet article, le Président de la République peut soumettre à référendum n'importe quel projet de loi relatif à « l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». Les seules conditions devant être respectées pour l'organisation d'un tel référendum sont d'être soit sur proposition du Gouvernement pendant une session parlementaire, soit sur proposition conjointe des deux assemblées. Lorsque le référendum est à l'initiative du Gouvernement, ce dernier doit faire une déclaration devant chacune des chambres du Parlement, suivi d'un débat, mais aucun vote des membres du Parlement n'est requis. En vertu de l'art. 61, al. 1, de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 de la Constitution (issues du Référendum d'Initiative Partagée ou RIP) doivent être soumises au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution avant qu'elles ne soient soumises au référendum, mais cette saisine obligatoire n'est pas prévue pour les projets de lois référendaires soumis par le Président de la République.

L'importance de cette prérogative, et le danger qu'elle représente pour l'Etat de droit ne seront jamais assez soulignés. Premièrement, parce que le Conseil Constitutionnel considère qu'il n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité de lois adoptées par référendums, affirmant qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont

uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».⁶⁰ Deuxièmement, l'article 11 a déjà été utilisé au moins une fois pour réviser la constitution, en 1962, afin d'inclure dans la Constitution l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. L'avantage (pour l'exécutif) du recours à l'article 11, par rapport à la procédure normale de révision de la constitution, l'article 89 - qui autorise aussi l'usage du référendum pour réviser la constitution - est que l'article 11, contrairement à l'article 89, ne nécessite pas que le projet de révision soit adopté en termes identiques par les deux assemblées avant d'être soumis au référendum. Ce précédent ne signifie toutefois pas que cette manœuvre soit légale. Le compte rendu de la séance du Conseil constitutionnel le 6 novembre 1962⁶¹ montre un désaccord clair de ce dernier quant à l'emploi de l'article 11 pour modifier la constitution. Le Conseil constitutionnel s'est cependant contenté de communiquer un avis réservé via une communication officielle au président de la République.⁶² Plus récemment, l'ancien président du Conseil Constitutionnel, Laurent Fabius, s'est clairement exprimé quant à l'illégalité d'une telle procédure durant sa présidence.⁶³ Pour autant, lors des élections présidentielles de 2022, Marine Le Pen avait proposé d'utiliser elle aussi l'article 11 afin de modifier la Constitution, en vue de lever les obstacles constitutionnels à son programme.

Il est à noter que le Conseil constitutionnel a compétence pour contrôler certains actes préparatoires au référendum en amont de celui-ci.⁶⁴ Il est donc envisageable que, à l'occasion du contrôle du décret décidant de soumettre un projet de loi à référendum, le Conseil constitutionnel puisse contrôler la compatibilité dudit projet de loi avec la Constitution. Les précédents en la matière ne sont toutefois pas d'une grande clarté⁶⁵, et en tout état de cause le Conseil constitutionnel n'a jamais annulé un acte préparatoire à un référendum motif pris de l'inconstitutionnalité du projet de loi soumis à référendum.

3.3 L'ARTICLE 16 DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE

L'article 16 de la Constitution française découle de la conception du Chef de l'État exprimée par Charles de Gaulle dès 1946 - 12 ans avant qu'il ne se voie confier la tâche d'écrire une nouvelle constitution pour la République française - dans un discours donné dans la ville médiévale de Bayeux, en Normandie : « à lui [le Président], s'il devait arriver que la patrie fût en péril, le devoir d'être garant de l'indépendance nationale et des traités conclus par la France ». De Gaulle, lui-même, est le seul Président français à avoir jamais utilisé l'article 16, à la suite du putsch d'Alger au printemps 1961.

Bien que le putsch ait échoué dans la nuit du 25 au 26 avril, la mise en application de l'article 16 a néanmoins été maintenue jusqu'au 29 septembre 1961.

Conformément à l'article 16, lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et

60. CC, 62-20 DC, 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.

61. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1962-11-06.pdf

62. Avis du Conseil constitutionnel du 2 octobre 1962 relatif au projet de décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum », publié in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 5, novembre 1998, p. 11.

63. Laurent Fabius, « Entretien au journal Le Monde », 25 janvier 2022. Propos repris sur le site officiel du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/retrouvez-l-entretien-du-president-du-conseil-constitutionnel-laurent-fabius-au-quotidien-le-monde>

64. CC, 2000-21 REF, 25 juillet 2000, Hauchemaille.

65. Voir, à propos du référendum relatif au projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe : CC, 2005-31 REF, 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet et CC, 2005-37 REF, 25 mai 2005, Hauchemaille et Le Mailloux.

immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu », le Président de la République « prend les mesures exigées par ces circonstances », incluant les mesures dans les domaines d'ordinaire réservés au Parlement. Il n'y a pas de limitation matérielle à ce pouvoir si ce n'est l'exigence que les mesures en question « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission », ce qui est extrêmement vague. La seule exigence procédurale est que le Conseil Constitutionnel soit consulté. De même, il convient de souligner qu'il existe un débat pour savoir si le Président pourrait réviser la Constitution sur le fondement de l'article 16, ou du moins proposer une révision de la constitution directement à référendum sans intégrer le Parlement à la procédure.⁶⁶

La question de savoir si ces mesures peuvent être soumises à un contrôle de constitutionnalité n'est pas claire. Ce qui est clair en revanche est que les mesures prises dans les domaines normalement réservés au Parlement ne peuvent faire l'objet de recours devant les cours administratives puisqu'elles sont considérées non pas comme des décisions administratives, mais comme des lois.⁶⁷

Il est de plus douteux qu'elles puissent être soumises à un contrôle de constitutionnalité *a priori*, ce contrôle ayant normalement lieu après que la loi soit adoptée par le Parlement mais avant la promulgation de cette dernière par le Président – un délai qui n'existe pas dans le cadre de l'article 16.

Néanmoins ces mesures semblent pouvoir être soumises à deux formes de contrôle *a posteriori*.

Premièrement, il pourrait être allégué que ces mesures sont soumises au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (via QPC) puisque l'article 61-1 se réfère seulement aux « dispositions législatives » qui « portent atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Or, le concept vague de « disposition législative » pourrait inclure les mesures législatives prises sur la base de l'article 16. Cela n'est néanmoins pas certain. Un ancien Vice-Président du Conseil d'État s'est, par exemple, prononcé contre cette possibilité.⁶⁸

Deuxièmement, les cours ordinaires sont compétentes pour contrôler la conventionnalité des lois.⁶⁹ La base légale de cette compétence se trouve dans l'article 55 de la Constitution, selon lequel « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Le terme « lois » est suffisamment large pour ne pas être entendu organiquement (les lois du Parlement), mais substantiellement (les dispositions adoptées dans le domaine ordinaire de la loi). Cependant, en l'absence de précédent, une telle possibilité n'est pas certaine. De plus, il convient de garder à l'esprit que, lorsque le Président de la République enclenche l'article 16, la France peut aussi de jure activer la clause dérogatoire à la Conven-

tion EDH (article 15), conformément à la réserve formulée à la France lors de la ratification de la Convention en 1974. En effet, conformément à l'article 15 (1) de la CEDH « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Selon la réserve formulée par la France sur l'application de ce paragraphe, les conditions prévues dans les différents régimes de crise, en particulier l'article 16 de la Constitution et l'état d'urgence « doivent être compris comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la CEDH ». Concernant plus spécifiquement l'article 16, la même réserve prévoit que « pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes « dans la stricte mesure où la situation l'exige » ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances ». En d'autres termes, déclarer l'état d'urgence ou activer l'article 16 de la Constitution française autorise le gouvernement français à actionner l'article 15 de la CEDH et, partant, à déroger à la plupart de ses obligations conventionnelles. Cela n'empêche cependant pas a priori d'autres textes internationaux de protection des droits fondamentaux de s'appliquer, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les conditions matérielles d'activation de l'article 16 sont plutôt vagues, laissant beaucoup de marge d'appréciation au Président. Les contraintes procédurales sont aussi très faibles. Avant d'enclencher l'article 16, le Président doit consulter le Premier ministre, les Présidents des deux Chambres du Parlement et le Conseil Constitutionnel. Conformément à l'article 53 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, l'opinion du Conseil Constitutionnel doit être « motivée et publiée » et vise à déterminer si les conditions exigées par l'article 16 sont réunies. Néanmoins, le Président n'est pas lié par ces avis. La décision de recourir à l'article 16, étant considérée comme un « acte de Gouvernement » conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, ne peut être soumise à un contrôle juridictionnel.⁷⁰ Au final, le Président est l'arbitre définitif de la réunion des conditions exigées par l'article 16 pour sa mise en application.

Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, aucune autorité à l'exception du Président ne pouvait mettre fin au régime de l'article 16. Depuis cette date, le Conseil Constitutionnel se voit impliqué, mais avec des limitations importantes. Tout d'abord, c'est seulement après trente jours d'application des pouvoirs de crise (une éternité,

66. Pour une réponse positive, V. not. M. Voisset, L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, LGDJ, 1969. Pour une réponse négative, V. not. J. Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958, LGDJ, 1961, pp. 558 s. et en particulier pp. 617-618.

67. CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, no 55049.

68. R Denoix de Saint Marc, « Avant-propos », in F. Lamy et R. Denoix de Saint Marc, État d'Urgence, Economica, 2018.

69. Cass., ch. mixte, 24 May 1975, Société des cafés Jacques Vabre, Bull. ch. mixte, n° 4 ; CE Ass., 20 Octobre 1989, Nicolo, n° 108243.

70. CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, précité.

surtout si le président a préparé en amont les textes qu'il souhaite adopter dans le cadre d'une instrumentalisation de l'article 16) que le Conseil Constitutionnel peut être saisi afin de décider si les conditions requises pour l'application de l'article 16 sont toujours réunies. Dans tous les cas, le Conseil Constitutionnel procède de plein droit à cet examen après un délai de soixante jours d'exercice des pouvoirs de crise ou à n'importe quel moment après cette période. La seconde limite concerne le droit de saisir le Conseil Constitutionnel. Seuls le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, soixante membres de l'Assemblée Nationale ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil Constitutionnel après trente jours. Ces procédures sont hors d'accès des citoyens.

Le Parlement est, d'une certaine manière, protégé par l'article 16, ce dernier siégeant pour toute la durée d'application de l'article 16, par dérogation aux sessions ordinaires.⁷¹ De plus, l'Assemblée nationale ne peut être dissoute tant que les pouvoirs de crises sont en application.⁷² Néanmoins, le Parlement a principalement un rôle d'observateur passif puisqu'il ne peut ni arrêter le recours à l'article 16 ni renverser le Président. Le seul pouvoir dont il dispose est l'adoption d'une motion de censure à l'égard du Gouvernement, mais cela n'affecte pas directement le Président.

L'article 16 constitue donc un véritable danger, une sorte de « constitution bis » au sein de la constitution nationale qui pourrait permettre, sous réserve du respect d'un faible nombre de conditions peu contraignantes, l'émergence d'une sorte de dictature constitutionnelle en France. On

notera à ce propos que sous le couvert de répondre à la crise sanitaire provoqué par le coronavirus, le gouvernement hongrois a instauré un « état de danger » qui « donne des pouvoirs étendus au gouvernement ».⁷³

ATTEINTES À L'ÉTAT DE DROIT PENDANT LA CRISE SANITAIRE⁷⁴

« La quasi-totalité des États membres de l'Union européenne ont été amenés à prendre des mesures d'urgence pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire provoquée par la pandémie de covid-19 [...] Ces mesures ont pu conduire à des atteintes, nouvelles ou amplifiées, à l'État de droit. [...] »

Le cas le plus emblématique est sans doute celui de la Hongrie où, le 31 mars 2020, était entrée en vigueur la loi d'habilitation qui, compte tenu de la proclamation de l'« état de danger » prévu à l'article 54 de la Constitution, permet au gouvernement de légiférer par décret, et sans limitation dans le temps de cette législation d'exception. L'état de danger a été levé le 20 juin suivant, mais une nouvelle notion a été introduite dans la législation hongroise : l'état d'urgence sanitaire, que le gouvernement pourrait instaurer pour six mois maximum sans avoir à recourir à l'état de danger et en dehors de tout contrôle parlementaire. »

3.4 LE CUMUL DES OUTILS DU PARLEMENTARISME RATIONALISÉ

L'expression « parlementarisme rationalisé », développée dès les années 30 par Boris Mirkine-Guetzévitch,⁷⁵ est devenue courante pour décrire les mécanismes issus de la Constitution de 1958 visant principalement à limiter les pouvoirs du Parlement et à assurer la stabilité et l'efficacité de l'Exécutif. Ces mécanismes peuvent cependant faire l'objet d'une utilisation abusive et, notamment par leur effet cumulé, permettre de réduire à quasi-néant la délibération parlementaire. Un exemple assez topique d'un tel « abus par cumul » est celui de la réforme des retraites par la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

Le premier élément d'intérêt est le choix de la base constitutionnelle retenue, l'article 47-1 de la Constitution, relatif aux lois de financement de la sécurité sociale. Les lois de financement de la sécurité sociale (LFSS) ont été créées par la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 qui a ajouté à l'article 34 de la Constitution un antépénultième alinéa qui dispose que « les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». La loi organique n° 96-646 du 22 juillet 1996 sur les LFSS, s'écarterant sensiblement de cette formulation, dispose quant à elle que ces lois comportent toutes les dispositions « affectant directement

l'équilibre financier des régimes obligatoires de base ». Or, toute dépense ou recette, même minime, affecte directement l'équilibre comptable de la sécurité sociale, ce qui permet d'attirer de nombreuses mesures sociales dans la LFSS. Par la suite, le domaine dit « facultatif et partagé » des LFSS, qui permet d'intégrer dans les LFSS des dispositions qui pourraient également ressortir de la procédure législative ordinaire, n'a fait que s'accroître. En 2005, la LOLFSS est modifiée pour permettre aux LFSS (de l'année et rectificatives) de contenir des mesures pluriannuelles. Peuvent notamment y figurer les dispositions « ayant un effet sur les recettes de l'année ou des années ultérieures des régimes obligatoires de base [...] à la condition qu'elles présentent un caractère permanent » (CSS, art. LO 111-3 anc., V, B, 2°). Il en va de même s'agissant des « dépenses » (C, 2° du même article). La réforme de la LOLFSS du 14 mars 2022 confirme ce mouvement. Le domaine « facultatif et partagé » des LFSS se trouve de nouveau considérablement élargi. Comme le remarque E. Quinart,

71. Art. 16 al. 4.

72. Art. 16 al. 5.

73. Commission européenne, Rapport 2021 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne, COM(2021) 700 final, p. 29.

74. Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'état de droit dans l'Union européenne par MM. Philippe Bonnecarrère et Jean-Yves Leconte, No. 457, 18 mars 2021, pp. 53-54.

75. V. not. B. Mirkine-Guetzévitch, Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, R. Pichon, 1931.

« la perspective pluriannuelle est confortée : l'enjeu est de faciliter les réformes financières de « grande ampleur » en matière sociale. Les LFSS deviennent plus clairement le support de mesures ayant une incidence financière au-delà de l'année d'exercice ».⁷⁶

La loi de 2023 est, plus précisément, une loi de financement *rectificative* de la sécurité sociale. Or, il ressort des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 22 février 1996 que, pour les sénateurs, si ces lois pouvaient « se révéler nécessaire[s] pour prendre en compte d'éventuels bouleversements des conditions générales de l'équilibre ou encore pour revoir à la baisse ou à la hausse certains objectifs de dépenses »⁷⁷, elles n'auraient vocation à être employées « qu'en cas d'absolue nécessité, faute de quoi la loi d'équilibre y perdrait une part de sa portée ».⁷⁸ Comme le relève S. Benzina, « ces travaux, complétés par ceux relatifs à la loi organique, impliquent que les lois de financement rectificatives n'avaient vocation à être introduites que de manière exceptionnelle afin de corriger les éventuels déséquilibres qui affecteraient la loi de financement initiale du fait d'événements ultérieurs affectant les comptes de la Sécurité sociale. Dans le cas d'espèce, le recours à une loi de financement rectificative pour une réforme des retraites n'apparaît pas conforme à l'intention du constituant et du législateur organique. En effet, la loi de financement rectificative pour 2023 n'a pas vocation à corriger les déséquilibres de la loi de financement initiale ».⁷⁹

Or, ce choix de véhicule législatif n'est pas anodin, puisque la procédure d'adoption des lois de financement de la sécurité sociale est caractérisée par plusieurs contraintes exorbitantes imposées au Parlement : initiative réservée au gouvernement ; priorité d'inscription à l'ordre du jour ; saisine du Sénat par le gouvernement si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée sous vingt jours en première lecture ; obligation pour le Sénat de se prononcer sous quinze jours ; portée restreinte des travaux devant la commission des Affaires sociales ; application de droit de la procédure accélérée ; usage illimité de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution et faculté pour le gouvernement de mettre en œuvre le projet par ordonnance si le Parlement ne s'est pas prononcé sous 50 jours. D'où la conclusion de certains auteurs que le choix de la base constitutionnelle choisie aurait découlé en l'espèce non pas de l'objet de la législation mais du souhait du gouvernement de pouvoir bénéficier d'une procédure très exorbitante pour forcer l'adoption de la réforme dans un contexte de majorité relative à l'Assemblée nationale.⁸⁰ D'autres auteurs n'hésitent pas à considérer que l'accusation de détournement de procédure, dans cette affaire, était particulièrement pertinente.⁸¹

Ce choix de base constitutionnelle, pourtant contestable et exorbitant, n'est pourtant pas le seul outil du parlementarisme rationalisé qui a été utilisé dans le cadre de la procédure d'adoption de cette loi. Ont également été utilisés :

- l'article 44, al. 2 de la Constitution, qui habilite le gouvernement à s'opposer en séance à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission ;
- la procédure de « vote bloqué » de l'article 44, al. 3 de la Constitution ;

➤ l'article 45 de la Constitution (pour accélérer la procédure) et, bien sûr,

- l'article 49, alinéa 3, prévoyant l'adoption du texte sans vote, sauf vote d'une motion de censure, laquelle repose sur une procédure dont l'équilibre lui-même est défavorable au parlement.

Par ailleurs, de multiples dispositions du règlement ont été utilisées de façon inédite devant le Sénat, à savoir, selon J. et J.-E. Gicquel, « le recours à la clôture lorsqu'au moins deux orateurs d'avis contraire sont intervenus (art. 38 du rs) ; la fixation d'un temps de parole forfaitaire à chaque groupe lors des explications de vote (art. 42) ; l'adoption d'exceptions d'irrecevabilité soit pour méconnaissance de la Constitution (art. 44 bis, al. 10), soit en raison de sous-amendements ne se rapportant pas au texte ou contredisant l'amendement principal (art. 44 bis, al. 3) ; et, enfin, une demande de priorité sur l'examen et le vote d'un amendement permettant de faire tomber d'autres amendements (art. 44, al. 6) ».⁸² Enfin, afin d'empêcher l'examen d'une proposition de loi ramenant l'âge légal de la retraite à 62 ans, présentée par un groupe d'opposition lors d'une journée d'initiative parlementaire, avec l'assentiment du gouvernement, la présidente de l'Assemblée nationale a opposé l'article 40 de la Constitution, qui permet de déclarer irrecevable une initiative ayant un impact négatif sur les finances publiques.

Le choix de l'article 47-1 et cette accumulation exorbitante de moyens procéduraux destinés à contraindre la délibération parlementaire ont été soulevés par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel concernant cette loi. Concernant le choix de l'article 47-1, au terme d'une interprétation strictement littérale de la Constitution, celui-ci a estimé qu'« il ne ressort ni des termes des dispositions constitutionnelles et organiques précitées, ni au demeurant des travaux préparatoires des dispositions organiques en vigueur, que le recours à un projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale serait subordonné à d'autres conditions que celles résultant de ces dispositions, et notamment à des conditions qui tiendraient à l'urgence, à des circonstances exceptionnelles ou à un déséquilibre majeur des comptes sociaux ».⁸³ Concernant, ensuite, l'application cumulative de plusieurs procédures prévues par la Constitution et les règlements des assemblées ; il a lapidairement conclu que « si l'utilisation combinée des procédures mises en œuvre a revêtu un caractère inhabituel, en réponse aux conditions des débats, elle n'a pas eu pour effet de rendre la procédure législative contraire à la Constitution ».⁸⁴

76. E. Quinart, « Une fraude à la Constitution ? L'usage de l'article 47-1 de la Constitution pour réformer les retraites », in S. Damarey, Th. Ducharme, E. Quinart, Ch. Pierucci, A. Hastings, « Un an de controverses budgétaires et constitutionnelles », RDP, 2024, p. 149 [n° n° RDP200]0].

77. P. Gélard, Rapport no 188 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant les lois de financement de la sécurité sociale, Sénat, 1996, p. 44.

78. Ibid., p. 45.

79. S. Benzina, « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », Jus Politicum, 2023, n° 30, p. 27.

80. V. not. E. Quinart, article précité.

81. S. Benzina, article précité.

82. J. Gicquel et J.-É. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française [1er janvier – 31 mars 2023] », Pouvoirs, septembre 2023, n° 186, p. 161.

83. CC, 2023-849 DC, 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023, point 8.

84. Ibid., point 70.

RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 – réviser la Constitution afin d'établir un nombre maximum d'ordonnances pouvant être adoptées pendant chaque session parlementaire. Chaque ordonnance devra, pour éviter le contournement de cette limite, avoir un objet précis et spécifique.

Recommandation n° 2 – réviser la Constitution afin d'exclure explicitement toute possibilité de révision de la Constitution sur la base de l'art. 11 de la Constitution.

Recommandation n° 3 – réviser l'article 61, al. 1, de la Constitution afin que, outre les propositions de loi mentionnées à l'article 11, les projets de loi mentionnés à l'art. 11 doivent aussi être soumis au Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur leur conformité à la Constitution avant qu'ils ne soient soumis au référendum.

Recommandation n° 4 – réviser l'art. 55 de façon à affirmer explicitement que la supériorité des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés sur les lois vaut aussi pour les lois référendaires.

Recommandation n° 5 – réviser la Constitution afin que l'avis que rend le Conseil constitutionnel avant la mise en œuvre de l'art. 16 et visant à déterminer si les conditions exigées par l'article 16 sont réunies soit un avis conforme (liant le Président).

Recommandation n° 6 – réviser la Constitution afin d'exclure explicitement toute possibilité de révision de la Constitution sur la base de l'art. 16 de la Constitution.

Recommandation n° 7 – réviser l'art. 55 de façon à affirmer explicitement que la supériorité des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés sur les lois vaut aussi pour les mesures adoptées sur le fondement de l'art. 16 de la Constitution relevant du domaine législatif.

Recommandation n° 8 – réviser la Constitution afin de réduire les délais prévus par l'article 16 au bout desquels le Conseil Constitutionnel 1) peut être saisi afin de décider si les conditions requises pour l'application de l'article 16 sont toujours réunies et 2) procède de plein droit à cet examen.

Recommandation n° 9 – réviser la Constitution de façon à ce que le Titre V de la Constitution (« Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement ») contienne une clause selon laquelle l'utilisation cumulée, sur un même projet ou une même proposition de loi, des articles 44, al. 2 ; 44, al. 3 ; 45 ; 47-1 et 49, alinéa 3 de la Constitution ne saurait aboutir à priver de sa substance la possibilité pour le Parlement de délibérer sur ledit projet ou ladite proposition de loi.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORGANIQUE

Recommandation n° 10

Option 1- réviser l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 de façon à octroyer explicitement compétence au Conseil constitutionnel aux fins de contrôler la compatibilité des projets de lois référendaires à la Constitution en amont des opérations référendaires, au titre de la compétence du Conseil constitutionnel pour veiller à la régularité des opérations de référendum (Art. 60 de la Constitution).

Option 2- réviser l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 de façon à octroyer explicitement compétence au Conseil constitutionnel aux fins de contrôler la compatibilité des lois référendaires à la Constitution au titre de la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des lois a priori (Art. 61, al. 2, de la Constitution) et a posteriori (Art. 61-1 de la Constitution).

Recommandation n° 11 – réviser l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 de façon à octroyer explicitement compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des mesures adoptées sur le fondement de l'art. 16 et ne relevant pas du domaine du règlement, soit a priori et a posteriori (mais dans ce cas il conviendra de déterminer le moment auquel la saisine a priori peut avoir lieu puisque le délai normalement pertinent entre l'adoption de la loi et sa promulgation n'existe pas) soit seulement a posteriori dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.

Recommandation n° 12 – réviser la loi organique n° 2022-354 du 14 mars 2022 relative aux lois de financement de la sécurité sociale afin de restreindre le domaine facultatif et partagé des lois de financement de la sécurité sociale.

Recommandation n° 13 – réviser la loi organique n° 2022-354 du 14 mars 2022 relative aux lois de financement de la sécurité sociale afin de limiter les lois de financement rectificatives de la sécurité sociale aux seules hypothèses dans lesquelles un événement imprévu a remis en cause l'équilibre des comptes de la sécurité sociale telle qu'il résultait de la loi initiale.

04.

L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE

Sébastien Platon

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

Marie Padilla

Maitre de conférences de droit public, Université de Bordeaux

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

- L'indépendance des magistrats judiciaires du siège est relativement bien protégée, sous réserve de certains points possibles d'amélioration concernant le Conseil supérieur de la magistrature.
- L'indépendance des magistrats judiciaires du parquet n'est pas assurée. Malgré des évolutions positives, ils restent dépendants du gouvernement pour leur carrière et leurs éventuelles sanctions disciplinaires, et ils ne sont pas inamovibles.
- L'indépendance des membres du Conseil d'Etat résulte essentiellement de garanties issues de la pratique, sans base textuelle.

- Malgré toutes les critiques qu'il est possible d'adresser au mode de recrutement des membres du Conseil constitutionnel, il est très difficile pour un parti au pouvoir de le « capturer ». Cependant, les conflits d'intérêts sont insuffisamment prévenus, laissant ouverte la possibilité d'influences du pouvoir politique sur les membres du Conseil. La présidence du Conseil constitutionnel est en outre insuffisamment protégée.

En France, deux ordres juridictionnels coexistent : l'ordre judiciaire (4.1) et l'ordre administratif (4.2) qui seront tous deux considérés dans les développements qui suivent. Cette analyse sera suivie par une étude dédiée à la cour constitutionnelle française, le Conseil Constitutionnel (4.3).

4.1 L'ORDRE JUDICIAIRE

La Cour de Cassation est la cour suprême de l'ordre dit « judiciaire », qui regroupe toutes les juridictions civiles et pénales. Les juges de la Cour de Cassation sont tous des « magistrats », un statut qui regroupe toutes les personnes appartenant au pouvoir judiciaire ordinaire et qui inclut non seulement les juges, mais aussi les procureurs de la République.

L'indépendance de l'Autorité judiciaire est garantie par l'article 64 de la Constitution française qui fait du Président de la République le « gardien » de cette indépendance. Le second gardien de l'indépendance judiciaire est le Conseil supérieur de la Magistrature (CSM) dont l'existence, la composition et le fonctionnement sont prévus à l'article 65 de la Constitution française.

Le statut des magistrats est défini par la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature. Conformément à ce statut, la majorité des magistrats nommés sont formés à l'École nationale de la magistrature, École dont l'entrée suppose la réussite à un concours national.

Le directeur de l'École nationale de la magistrature est nommé par décret pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice.⁸⁵ La direction de l'ENM étant un emploi de direction de l'Etat, la nomination est prononcée pour une durée maximale de trois ans, renouvelable dans la limite d'une durée totale d'occupation d'un même emploi de six ans.⁸⁶ La plupart de ses prérogatives sont tributaires d'organes collectifs, notamment le conseil d'administration. Toutefois, il bénéficie d'un certain nombre de prérogatives

qu'il exerce en propre concernant la pédagogie, la sortie de l'École et en matière de discipline.

En matière pédagogique, il établit la liste des pôles de formation, après un simple avis du conseil d'administration, et désigne les doyens des enseignements qui supervisent chacun de ces pôles.⁸⁷ Il peut également faire appel à des intervenants occasionnels, qui sont rémunérés à la vacation.⁸⁸

Concernant la sortie de l'École, le directeur rend un avis motivé sur l'aptitude de chaque auditeur de justice à exercer les fonctions judiciaires, lequel doit être pris en compte par le jury lorsqu'il se prononce sur ladite aptitude. Il établit le bilan de la formation probatoire organisée par l'École nationale de la magistrature de chaque candidat au concours professionnel, qu'il adresse au jury qui se prononce sur l'aptitude des stagiaires à exercer les fonctions judiciaires.⁸⁹

Enfin, en matière disciplinaire, il peut prononcer un avertissement ou un blâme à un auditeur de justice sans l'avis du conseil de discipline.⁹⁰ Il saisit le conseil de discipline d'un rapport précisant les faits motivant les poursuites disciplinaires, rapport émanant,

85. Art. 2 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

86. Art. 12 du Décret n° 2019-1594 du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'Etat.

87. Art. 40-1 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

88. Art. 41, 3°, du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

89. Art. 48 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

90. Art. 49-3 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

91. Art. 61 al. 2 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature.

sauf empêchement, de lui-même.⁹² Par ailleurs, en cas de faute grave ou manquement de nature à entraîner des poursuites disciplinaires, le directeur de l'Ecole nationale de la magistrature ou, en cas d'empêchement, le directeur adjoint en charge de la formation initiale, peut, s'il y a urgence, suspendre un auditeur et lui interdire l'accès de l'Ecole jusqu'à la décision définitive.⁹³

Ces prérogatives ne sont pas centrales dans la formation, l'acculturation judiciaire et la sélection des magistrats. Toutefois, dans l'hypothèse d'un choix instrumentalisé, on ne saurait exclure que le directeur puisse avoir un impact, quoique probablement marginal, sur ces aspects.

Les magistrats du siège sont indépendants. L'une des garanties de cette indépendance réside dans leur inamovibilité. À l'exception de mesures disciplinaires, ils ne peuvent être écartés de leur fonction sans leur consentement et ce y compris pour une promotion. La section du CSM compétente pour les magistrats du siège est présidée par le Premier Président à la Cour de Cassation et comprend cinq juges, un procureur de la République, un membre du Conseil d'État nommé par ce dernier, un avocat nommé par le Conseil National des Barreaux ainsi que six « personnes qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif », nommés par le Président de la République (2), le Président de l'Assemblée Nationale (2) et le Président du Sénat (2). Chaque nomination d'un juge doit être approuvée par cette section du CSM dont l'avis est obligatoire. Pour les nominations aux fonctions les plus importantes, le Président de la République ne peut nommer que des magistrats dont le nom a été proposé par cette formation du CSM. Le CSM sert aussi de cour disciplinaire pour les juges.

Il y a peu de faiblesses dans ce système et dans les garanties qu'il offre. Néanmoins, trois en particulier sont liées au CSM.

Premièrement, la Constitution ne spécifie pas comment les juges et procureurs membres du CSM sont désignés. C'est la loi organique de 1994 sur le CSM qui prévoit que ces derniers sont élus par leurs pairs.⁹⁴ **Par conséquent, en théorie, ce principe d'élection par les pairs pourrait être modifié par une autre loi organique (sous réserve donc d'une majorité absolue à l'Assemblée nationale),** sauf si le Conseil Constitutionnel décidait que cette élection par les pairs est une condition nécessaire pour garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire telle que prévue par la Constitution.

Deuxièmement, il convient de relever que les magistrats élus par leurs pairs ne représentent la majorité des membres dans aucune formation du CSM. Il est vrai néanmoins que les « personnes qualifiées » désignées par d'autres institutions constitutionnelles ne disposent pas non plus de la majorité.

Troisièmement ; les membres du CSM sont élus pour 4 ans. La loi organique de 1994 sur le CSM prévoit que ce mandat « n'est pas renouvelable immédiatement ». Ce qui signifie que ce mandat est renouvelable, mais après avoir laissé s'écouler un ou plusieurs autres mandats. Cela pourrait affecter l'indépendance (ou au moins l'apparence d'indépendance) des « personnes qualifiées » nommées par les autres institutions constitutionnelles. Celles-ci risquent en effet de s'aligner sur la volonté de leurs autorités de nomination en vue de voir leur mandat renouvelé à l'avenir. **L'importance de ce problème dépend cependant de l'alignement entre le Président de la République, qui nomme deux de ces**

personnalités, et les présidents des deux assemblées, qui en nomment deux chacun - et donc de l'existence d'une majorité soutenant l'exécutif dans chacune des deux assemblées.

PRISE DE CONTRÔLE DU CONSEIL NATIONAL DE LA MAGISTRATURE : L'« EXEMPLE » POLONAIS⁹⁵

« Un ensemble de quatre lois peut être identifié dans le cas polonais pour comprendre la globalité de la réforme judiciaire. Ont successivement été adoptées une loi sur l'École nationale de la magistrature et des procureurs en juin 2017, sur les cours ordinaires en août 2017, sur le Conseil national de la Justice en mars 2018 et sur la Cour suprême en avril 2018. [...]

[L]e Conseil supérieur de la magistrature (KRS) a lui aussi été modifié, du fait de nouvelles procédures de nomination. Celles-ci sont désormais entièrement contrôlées par la Diète, qui élit l'ensemble des 15 juges, auparavant désignés par leurs pairs. [...] Or la Constitution polonaise prévoit, dans son article 186, paragraphe 1, que c'est précisément le Conseil supérieur de la magistrature qui se porte garant de l'indépendance des cours, des tribunaux et des juges.

Le système polonais respectait jusque-là les normes internationales et européennes, telles qu'inscrites, par exemple, dans la recommandation de 2010 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, estimant notamment qu'« au moins la moitié des membres [des conseils de la justice] devraient être des juges choisis par leurs pairs issus de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire ». Or, la possibilité pour la Diète de renommer l'ensemble des juges se couple avec la fin anticipée des mandats des membres du Conseil avant la promulgation de la loi.

Enfin, la composition interne du KRS renforce la politisation de l'instance, puisqu'il est désormais divisé en deux assemblées : la première réunit une majorité de membres du Parlement et la seconde se compose de juges nommés par ce même Parlement. Dès lors, les juges qui sont membres du KRS se trouveront fortement empêchés d'agir dans leurs fonctions d'évaluation et de nomination des candidats aux postes de juges.

Pour reprendre les termes de Malgorzata Gersdorf, la Présidente de la Cour suprême polonaise, que vos rapporteurs ont rencontrée en Pologne, cette modification a changé radicalement le fonctionnement du Conseil national de la magistrature, dont les nouveaux membres ont été nommés de manière particulièrement opaque. La fin de l'indépendance du KRS a des conséquences globales et immédiates sur l'indépendance de l'ensemble de la magistrature polonaise. »

92. Art. 64, al. 1, du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.

93. Art. 65 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.

94. Loi organique no 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

95. Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le respect de l'État de droit au sein de l'Union européenne et présenté par Mme Coralie Dubost et M. Vincent Bru, Députés, 10 octobre 2018, pp. 34-35.

Dans l'ordre judiciaire, c'est en réalité surtout le ministère public qui est problématique. Celui-ci n'est en effet pas complètement indépendant du gouvernement. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé dans un arrêt du 29 mars 2010⁹⁶, suivi de deux autres dans le même sens en 2010⁹⁷ et en 2013⁹⁸, que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. Il lui manque en particulier l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif pour être ainsi qualifié.

La loi du 25 juillet 2013 a certes modifié l'article 30 du code de procédure pénale, de sorte que le ministre de la justice ne peut désormais plus adresser aucune instruction aux magistrats du parquet dans les affaires individuelles. **Il ne s'agit cependant là que d'une disposition législative, sans valeur constitutionnelle, pouvant donc être modifiée par une autre loi - sous réserve donc d'une majorité à l'Assemblée nationale.** Par ailleurs, la loi précitée, tout en supprimant les instructions ministérielles dans les affaires individuelles, a donné une base légale à la communication au ministre d'informations sur le contenu de ces affaires.

Surtout, le ministère public reste sous l'autorité du garde des Sceaux pour le déroulement de la carrière de ses membres et pour son régime disciplinaire.

Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice. Hormis les instructions générales de politique pénale que peut donner le garde des Sceaux, cette autorité se concrétise dans le déroulement de la carrière et le régime disciplinaire des magistrats du ministère public.

En vertu des articles 65 de la Constitution et 28 de l'ordonnance statutaire, les magistrats du ministère public sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice après avis simple de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. Cette formation est présidée par le procureur général près la Cour de cassation et composée de 5 magistrats du parquet élus par leurs pairs, 1 magistrat du siège élu par ses pairs, 1 conseiller d'État, 1 avocat et 6 personnalités extérieures désignées par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, chacun pour deux d'entre elles. Aussi, la carrière des magistrats du ministère public dépend du pouvoir exécutif qui dispose du pouvoir de proposition des nominations et qui n'est pas lié par l'avis du CSM, même si depuis 2012, les ministres de la justice successifs se sont engagés à suivre ces avis.

Par ailleurs, le ministère public ne bénéficie pas de la garantie de l'inamovibilité réservée par la Constitution aux magistrats du siège. C'est ainsi qu'aucune disposition, ni aucun principe général du droit n'interdit au Président de la République de muter d'office ces magistrats dans l'intérêt du service.

En vertu de l'article 65, alinéa 7, de la Constitution et des articles 58-1 et 59 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, la décision en matière de discipline des magistrats du ministère public appartient au garde des Sceaux après avis simple du CSM, là encore à la différence des magistrats du siège qui ne peuvent être sanctionnés disciplinairement que par une décision de ce CSM. Le Conseil constitutionnel a considéré que ce régime assure une conciliation équilibrée entre le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, dont fait partie le ministère public, et les prérogatives que le gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution (« Le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation »). Le Conseil juge également que ces dispositions ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs.⁹⁹

96. Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France.

97. Cour EDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France.

98. Cour EDH, 27 juin 2013, Vassis et autres c. France.

99. CC 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet].

LA PRISE DE CONTRÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC : L'« EXEMPLE » POLONAIS¹⁰⁰

« Le 24 décembre 2015, un groupe de membres individuels de la majorité au pouvoir a présenté un nouveau projet de loi sur le ministère public en Pologne. Cette loi étant présentée par des membres individuels et non pas par le gouvernement lui-même, un processus formel de consultation publique sur le projet de loi n'a pas été requis, ce qui est regrettable compte tenu de l'importance de cette loi et du sujet qu'elle aborde. Dans le cadre d'une procédure relativement accélérée, ne reflétant pas l'importance de son contenu, la loi a été adoptée par le Sejm en dernière lecture, le 28 janvier 2016, et par le Sénat, le 30 janvier 2016. Elle a été promulguée par le Président de la République le 12 février 2016 et est entrée en vigueur le 4 mars 2016.

À la suite du rétablissement de la démocratie en Pologne en 1989, le ministère public a perdu son indépendance de droit antérieure et a été subordonné au pouvoir exécutif, en particulier au ministre de la Justice. Selon nos informations, cette situation a amené les ministres successifs de la Justice à intervenir de manière répétée et pour des motifs inavoués dans certaines affaires pénales, en violation des normes européennes. La réforme majeure et attendue du ministère public en 2009 a changé cette situation et les fonctions de procureur général et de ministre de la Justice ont été clairement séparées. [...]

La nouvelle loi sur le ministère public annule donc totalement les amendements de 2009 et fusionne les fonctions de ministre de la Justice et de procureur général pour les confier à une seule personne, le ministre de la Justice. Le Commissaire aux droits de l'homme de la Pologne (Ombudsman) a contesté la nouvelle loi devant la Cour constitutionnelle. La légalité du comité de juges de la Cour constitutionnelle qui a examiné cette affaire a été cependant remise en question, car il comprenait des juges nommés illégalement et l'Ombudsman a donc décidé de retirer sa requête. [...]

Comme l'indique la Commission de Venise, conférer des pouvoirs étendus à un responsable politique qui occupe le poste de ministre de la Justice « crée un risque réel d'abus ». [...] le simple fait que le ministère public soit exposé à un risque d'abus politique contre lequel la loi ne prévoit pas de garanties, met en péril l'État de droit en Pologne et suscite de graves inquiétudes. Le ministère public, et le système judiciaire en général, doivent être non seulement indépendants et impartiaux, mais aussi être perçus comme tels.

En outre, la loi confère des pouvoirs considérables au procureur général, et par conséquent au ministre de la Justice, dans le cadre de la nomination et de la promotion des procureurs ainsi que des actions disciplinaires prises à leur encontre (y compris la révocation). Les procureurs sont nommés par le procureur général, sur proposition du procureur national (substitut du procureur général qui est également un représentant politique). Si le procureur général peut solliciter l'avis d'un conseil de procureurs, il n'est pas tenu de le respecter. Par ailleurs, il peut, « dans des cas particulièrement justifiés », nommer le candidat proposé par le procureur national sans passer par un concours. Après la première nomination, aucun concours n'est prévu et les promotions sont décidées par la hiérarchie. En ce qui concerne les procédures disciplinaires, le procureur général a notamment le droit d'inspecter les activités des juridictions disciplinaires (composées des procureurs subordonnés au procureur général), de réprover les transgressions constatées, d'exiger des explications ainsi que la réparation des effets des transgressions.

La combinaison de ces pouvoirs confère au procureur un contrôle total sur les carrières des procureurs individuels et du service public en tant que tel. [...] La concentration de tous ces pouvoirs (excessifs) entre les mains du ministre de la Justice expose le système aux abus, compromet l'indépendance de la justice et va à l'encontre du principe de respect de l'État de droit. »

4.2 L'ORDRE ADMINISTRATIF

L'une des spécificités du système juridictionnel français réside dans l'existence d'un ordre dit « administratif », séparé et autonome de l'ordre « judiciaire », et composé de cours administratives, compétentes pour les contentieux relevant du droit administratif. Dans cet ordre, le statut des membres de la cour suprême, le Conseil d'État, diffère de manière significative du statut des membres des cours administratives de première instance (appelées « tribunaux administratifs ») et d'appel (appelées « cours administratives d'appel »). Notamment, et alors qu'un nombre grandissant de juges dans les cours administratives de première instance sont nommés après l'obtention d'un concours spécifique, les membres du Conseil d'État ont été pour la plupart nommés après avoir été formés à l'École Nationale d'Administration (ENA), remplacée le 1er janvier 2022 par l'Institut national du service public.

Le recrutement des membres du Conseil d'État a été profondément modifié par l'effet de la réforme de l'accès à la haute fonction publique en 2021 qui a notamment mis fin au recrutement d'auditeurs directement à la sortie de l'École nationale d'administration. Désormais, selon l'article L. 133-5 du Code de justice administrative, les auditeurs sont nommés par arrêté du vice-président du Conseil d'État afin d'exercer des fonctions consultatives et juridictionnelles pour une durée de trois ans non renouvelable. Ils sont nommés, après avis du comité consultatif mentionné à l'article L. 133-12-1 du même Code, parmi les membres du corps des administrateurs de l'État et des corps ou cadres d'emploi de niveau comparable, dont la

100. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne, Rapport, Doc. 15025, 6 janvier 2020, paras 45-58.

liste est fixée par décret en Conseil d'État, justifiant d'au moins deux ans de services publics effectifs en cette qualité. Le comité consultatif comprend deux membres du Conseil d'État en exercice nommés par le vice-président du Conseil d'État et deux personnes particulièrement qualifiées en raison de leurs compétences respectives dans les domaines du droit et des ressources humaines nommées respectivement par le Premier ministre sur proposition du ministre chargé de la fonction publique et par le vice-président du Conseil d'État sur une liste établie par le ministre chargé de la fonction publique.

Le Gouvernement n'a donc que peu de pouvoir en la matière – tout au plus le Premier ministre nomme-t-il l'un des quatre membres du comité consultatif et le ministre de la fonction publique en propose un autre, le comité n'ayant de toute façon qu'un pouvoir consultatif. **Ce processus de recrutement n'est cependant pas garanti par la Constitution et une nouvelle loi pourrait, en théorie, modifier la manière dont les membres du Conseil d'État sont recrutés, en cas de majorité parlementaire favorable.** Cette nouvelle procédure devrait néanmoins être conforme au principe constitutionnel d'indépendance des cours administratives. En effet, l'indépendance du Conseil d'État est protégée constitutionnellement bien qu'aucune disposition constitutionnelle ne le consacre explicitement. En 1980, le Conseil Constitutionnel a établi que le principe d'indépendance des cours administratives résultait d'un principe constitutionnel non écrit.¹⁰¹ L'indépendance des membres du Conseil d'État est aussi prévue à l'article L131-2 du Code de Justice Administrative (ci-après CJA) et dans plusieurs dispositions (non obligatoires) de la Charte de Déontologie de la Justice Administrative.¹⁰² Néanmoins, certaines faiblesses (relatives) dans le statut des membres du Conseil d'État pourraient, en théorie, être utilisées pour subvertir le système français de cours administratives.

Contrairement au CSM, le Conseil Supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours Administratives d'Appel n'est compétent que pour les cours administratives inférieures et non pour le Conseil d'État. Le Conseil d'État gère ses propres membres en matière de promotions et d'affectations. Néanmoins, ce pouvoir d'auto-gestion résulte principalement de la tradition et pas de textes juridiques.¹⁰³

À titre d'exemple, c'est la tradition seule qui garantit que le seul critère d'avancement est l'ancienneté, pour l'ensemble des échelons à l'exception des plus importants, c'est-à-dire le Vice-Président, les Présidents de section, les Présidents de Chambre et les Présidents de la section du contentieux. Toutefois, selon les textes applicables, les promotions sont décidées par le Président de la République, après consultation de la Commission Supérieure du Conseil d'État¹⁰⁴, et les « mérites » individuels d'un membre peuvent, en théorie, influencer une promotion – ce qui évidemment affecterait l'indépendance des membres du Conseil d'État.

Le président du Conseil d'État, appelé de manière trompeuse « Vice-Président » pour des raisons historiques, est nommé par décret pris en conseil des ministres, sur la proposition du garde des sceaux, ministre de la justice. Il est choisi parmi les présidents de section ou les conseillers d'État en service ordinaire. C'est dans cette procédure que l'Exécutif jouit de la plus grande discrétion puisqu'il n'y a pas de règles juridiques ni même de tradition qui encadrent le choix du Chef de l'État.

En vertu de l'art. L133-2 du code de justice administrative, les présidents de section sont nommés par décret pris en conseil des ministres, sur la proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, et sont choisis parmi les conseillers d'État en service ordinaire. En pratique, le choix se fait après une consultation étroite avec le vice-président du Conseil d'État, qui dirige l'institution. Mais cette consultation résulte de la tradition et non des textes.

De plus, il convient de relever que les membres du Conseil d'État occupant les plus hautes fonctions au sein de l'institution ne disposent ni d'un mandat à vie ni d'un mandat fixe. Légalement, le Président de la République peut nommer de nouveaux Présidents pour les différentes sections du Conseil et même un nouveau Vice-Président à tout moment.¹⁰⁵

Toutes ces faiblesses (relatives) dans le statut des membres du Conseil d'État sont combinées à l'existence d'une autre procédure de nomination, appelée le « tour extérieur », par laquelle le Président de la République peut décider de nommer directement des personnes au Conseil d'État, de façon discrétionnaire. Cette procédure peut être utilisée pour nommer des membres qui seraient loyaux au parti au pouvoir. Certes, en l'état du droit, elle ne peut être utilisée pour prendre le contrôle du Conseil d'État, car, selon l'article 133-3 CJA, les nominations dans le grade de conseiller d'État sont réservées aux maîtres des requêtes « dans la proportion de quatre sur cinq ». **Cette limite ne résultant toutefois que d'un texte de valeur législative, elle pourrait être modifiée par une majorité parlementaire dans un sens permettant une capture plus ou moins importante du Conseil d'État.**

101. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs.

102. Le texte de la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative est disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/organisation/deontologie-des-membres-de-la-juridiction-administrative>

103. V. not. B. Ribadeau Dumas, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », Pouvoirs 2007/4 n° 123, p. 73. La question de savoir si une tradition républicaine de longue date est plus difficile ou plus facile à briser que le droit écrit est ouverte, mais elle concerne probablement davantage les politologues ou les sociologues que les juristes. Les développements suivants doivent beaucoup à : S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. A droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? » in K. Abderemane, C. Madelaine et G. Kurt (dir.), La formation des régimes autoritaires : analyse comparée de récents développements européens, LGDJ, à paraître.

104. Art. L132-1 du code de justice administrative.

105. S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. A droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? », op. cit.

Les nominations au tour extérieur interviennent sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat après avis de la commission d'intégration mentionnée à l'article L. 133-12-3 du Code de justice administrative. La commission d'intégration comprend :

- 01.** Le vice-président du Conseil d'Etat, ou son représentant ;
- 02.** Un membre du Conseil d'Etat en exercice ayant au moins le grade de conseiller d'Etat et un membre du Conseil d'Etat en exercice ayant le grade de maître des requêtes, nommés par le vice-président du Conseil d'Etat ;
- 03.** Une personne particulièrement qualifiée en raison de ses compétences dans le domaine des ressources humaines, nommée par le Président de la République ;
- 04.** Une personne particulièrement qualifiée en raison de ses compétences dans le domaine de l'action publique, nommée par le président de l'Assemblée nationale ;
- 05.** Une personne particulièrement qualifiée en raison de ses compétences dans le domaine du droit, nommée par le président du Sénat.

On notera donc que la majorité des membres de cette commission sont des personnalités extérieures ayant fait l'objet d'une nomination politique. Il faut par ailleurs ajouter que l'avis de la commission n'est pas conforme, de sorte qu'il n'y a aucune obligation pour le Président de la République de suivre cet avis. Il est vrai que toute nomination au sein de l'administration (et y compris au Conseil d'Etat) au « tour extérieur » est soumise au contrôle du juge. Ce contrôle permet aux cours administratives de vérifier si la personne nommée répond aux exigences minimales de compétences, d'expérience et de formation nécessaires à occuper le poste. Ce contrôle est cependant limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁰⁶ et peut donc se révéler d'un intérêt limité afin d'éviter les nominations politiques, dès lors que la personne nommée ne manque pas de façon flagrante des qualités minimales pour devenir un membre du Conseil d'Etat.

De manière plus marginale (en termes de proportion), certaines personnes peuvent être nommées au Conseil d'Etat pour un temps limité en « service extraordinaire ». Selon l'article 121-4, I, du Code de justice administrative, les conseillers d'Etat en service extraordinaire sont nommés par décret pris en conseil des ministres, sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, pour exercer des fonctions consultatives ou juridictionnelles. En vertu de l'article 121-4, III, du Code de justice administrative, les conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions juridictionnelles sont choisis parmi les personnes que leur compétence et leur activité dans le domaine du droit qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions. Ils doivent remplir les conditions nécessaires pour être fonctionnaire et justifier de vingt-cinq années au moins d'activité professionnelle. Ils sont nommés sur proposition d'un

comité présidé par le vice-président du Conseil d'Etat et composé, en outre, d'un nombre égal de personnalités qualifiées et de membres du Conseil d'Etat, désignés par le vice-président du Conseil d'Etat. L'article R121-16 du même code précise que le nombre de conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions juridictionnelles est fixé à quatre. Cependant, cette limite est purement réglementaire et peut donc être modifiée par décret.

Enfin, en matière disciplinaire, l'autorité compétente dépend de la gravité de la sanction. Les sanctions disciplinaires mineures prises contre les membres du Conseil d'Etat (l'avertissement et le blâme) sont imposées par le Vice-Président du Conseil d'Etat qui, nous l'avons vu, est nommé par le Président, de façon discrétionnaire, parmi les Présidents de Section ou les Conseillers d'Etat. Les sanctions disciplinaires plus importantes sont prononcées par « l'autorité de nomination » (le Président de la République), mais seulement sur proposition de la Commission Supérieure du Conseil d'Etat. Cette Commission est présidée par le Vice-Président et composée des sept Présidents de Section, de huit membres du Conseil d'Etat élus pour trois ans par leurs pairs (quatre Conseillers d'Etat, 3 Maîtres des Requêtes et un Auditeur) et trois personnalités qualifiées qui n'exercent pas de mandat parlementaire et qui sont nommées, pour une période non renouvelable de trois ans, respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée Nationale et le Président du Sénat. Lorsque la Commission agit comme autorité disciplinaire, le Vice-Président et le Président de la Section du Contentieux ne siègent pas. Contrairement au CSM pour les magistrats, ni l'existence de cette Commission ni son rôle dans la procédure disciplinaire ne sont garantis constitutionnellement, mais seulement prévus par la loi.¹⁰⁷ Il pourrait être affirmé que la mise à l'écart de cette Commission ou l'attribution d'un plus grand pouvoir discrétionnaire aux autorités politiques dans la procédure disciplinaire violerait le principe d'indépendance des juridictions administratives, mais rien n'est certain. De plus, au regard de sa composition, on peut supposer que si le parti au pouvoir prenait possession des fonctions les plus hautes au sein du Conseil d'Etat, il contrôlerait également la Commission. Même en considérant que le Vice-Président et le Président de la Section du Contentieux ne siègent pas lorsque la Commission officie comme autorité disciplinaire, les six Présidents de Section et les trois « personnes qualifiées » surpassent toujours en nombre les huit membres élus par leurs pairs.

En conséquence, pour s'assurer un certain degré de contrôle politique sur le Conseil d'Etat, un gouvernement autoritaire pourrait nommer une personne qui lui est loyale au poste de Vice-Président et choisir de s'en tenir à la lettre des textes applicables en ignorant la pratique qui en corrige les risques pour l'indépendance des membres de la juridiction administrative suprême française.

106. CE, Ass., 16 décembre 1988, Bleton, n° 77713.

107. Art. L132-1 et L136-4 du code de justice administrative.

4.3 LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil Constitutionnel est la cour constitutionnelle française. Conformément à l'article 56 de la Constitution française, « le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat ». En pratique, chacune de ces autorités nomme un membre tous les trois ans. Les autorités de nomination sont donc toutes des autorités politiques, avec le risque de nominations politiques aggravé par l'absence de toute condition pour les personnes nommées de disposer d'une quelconque expérience ou compétence juridique en tant qu'académique ou praticien du droit. De facto, la plupart des membres du Conseil Constitutionnel, présents et passés, manquent ou ont manqué d'une telle expérience. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et celle du Sénat peuvent, après audition, opposer un veto à une nomination. Toutefois, ils ne peuvent que s'opposer aux nominations présidentielles, dès lors que les nominations faites par les Présidents de chaque chambre ne sont soumises qu'à un avis consultatif de la commission compétente de chaque chambre. De plus, la majorité requise (3/5 des votes exprimés par les deux commissions) rend l'utilisation de ce veto très peu probable. En outre, il ne faut pas compter sur une possible sanction judiciaire d'une nomination abusive flagrante. La nomination des membres du Conseil Constitutionnel est considérée comme un « acte de Gouvernement » et ne peut donc être soumise au contrôle du juge.¹⁰⁸

En théorie, et en fonction des circonstances, un même parti politique peut nommer jusqu'à 9 membres du Conseil Constitutionnel. Cette hypothèse semble requérir soit un alignement des étoiles peu probable soit une sorte de manipulation électorale, puisqu'une telle situation supposerait que le même parti « tienne » tout à la fois la Présidence de la République, la majorité à l'Assemblée Nationale et la majorité au Sénat, le tout pour deux mandats consécutifs. Cependant, il ne faut pas oublier qu'un tel alignement s'est déjà produit au début de la Ve République, lorsque les « gaullistes » contrôlaient à la fois l'Assemblée Nationale et le Sénat. Il a aussi pu être avancé¹⁰⁹ que le Président pourrait tenter de subvertir le Conseil en y nommant des membres qui lui seraient fidèles, en abaissant par exemple stratégiquement la limite d'âge avec effet immédiat. **Cela supposerait une révision de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant sur le Conseil Constitutionnel, ce qui supposerait un vote au Parlement, et donc le soutien d'une majorité parlementaire.** Au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, une telle tentative constituerait néanmoins probablement une atteinte au droit de l'Union européenne.¹¹⁰

PRISE DE CONTRÔLE D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE : L'« EXEMPLE » POLONAIS¹¹¹

Avant les élections législatives à la Diète (chambre basse du Parlement polonais) du 25 octobre 2015, l'assemblée sortante a, le 8 octobre 2015, désigné cinq personnes destinées à être « nommées » juges par le président de la République. Trois juges devaient occuper des sièges devenus vacants durant la législature qui se terminait, tandis que les deux autres devaient occuper des sièges qui deviendraient vacants pendant la législature suivante, laquelle a débuté le 12 novembre 2015. Le 19 novembre 2015, à la suite des élections législatives, la Diète a modifié la loi relative au Tribunal constitutionnel au moyen d'une procédure accélérée, introduisant la possibilité d'annuler les désignations judiciaires effectuées par l'assemblée précédente et de nommer cinq nouveaux juges. Le 25 novembre, la Diète a adopté une motion annulant les cinq désignations effectuées par l'assemblée précédente; le 2 décembre, elle a proposé de nommer cinq nouveaux juges.

Le Tribunal constitutionnel a été appelé à statuer sur les décisions des deux assemblées, la précédente et la nouvelle. Il a rendu deux jugements, les 3 et 9 décembre 2015. Dans son arrêt du 3 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a jugé notamment que l'assemblée précédente était en droit de désigner trois juges pour occuper les sièges devenus vacants le 6 novembre 2015. Il a également précisé que la Diète n'était pas en droit de procéder aux deux désignations relatives aux sièges devenus vacants en décembre. L'arrêt mentionnait aussi expressément l'obligation incombant au Président de la République de recueillir sans délai le serment d'un juge élu par la Diète. Le 9 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a, entre autres, invalidé la base juridique sur laquelle reposait la désignation, par la nouvelle assemblée de la Diète, des trois juges nommés aux postes devenus vacants le 6 novembre 2015, pour lesquels l'assemblée précédente avait déjà légalement désigné des juges.

Le 22 décembre 2015, la Diète a adopté une loi modifiant la loi relative au Tribunal constitutionnel, qui concerne le fonctionnement du Tribunal ainsi que l'indépendance de ses juges. [...]

Le 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a jugé que la loi adoptée le 22 décembre 2015 était anticonstitutionnelle. À ce jour, cette décision n'a pas encore été publiée au Journal officiel par le gouvernement, ce qui signifie qu'elle n'a pas d'effet juridique. [...]

À la suite de la décision du 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a recommencé à juger les affaires qui lui étaient soumises. Le gouvernement polonais n'a pas participé à ces procédures. Il a en outre refusé de publier les arrêts rendus ultérieurement par le Tribunal constitutionnel. [...]

108. CE, Ass., 9 April 1999, Mme Ba, n° 195616.

109. S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. A droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? », op. cit.

110. CJUE, grande chambre, 24 juin 2019, Commission c. Pologne, aff. C-619/18 ; CJUE, grande chambre, 5 novembre 2019, Commission c. Pologne, aff. C-192/18.

111. Commission européenne, Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, COM(2017) 835 final, 20 décembre 2021, paras 9-39 et para 57.

Le 19 décembre 2016, le président de la République a signé les trois nouvelles lois régissant le fonctionnement du Tribunal constitutionnel, qui ont ensuite été publiées au Journal officiel. Le même jour, le président de la République a nommé la juge Julia Przyłębska, élue par la nouvelle Diète, au poste de présidente faisant fonction du Tribunal constitutionnel.

Le 20 décembre 2016, la juge Przyłębska a permis aux trois juges désignés par la 8e législature de la Diète sans base juridique valable de prendre leurs fonctions au sein du Tribunal et a convoqué une réunion de l'assemblée générale le même jour. Compte tenu de la brièveté du délai, un juge n'était pas en mesure d'assister à cette réunion. Il a donc demandé le report de celle-ci au lendemain, ce que la juge Przyłębska a refusé. Sur les 14 juges présents à la réunion, seuls trois juges désignés illégalement et trois juges nommés par l'actuelle majorité gouvernementale ont voté. Deux candidats, Julia Przyłębska et Mariusz Muszyński, ont été élus et présentés au président de la République. Le 21 décembre 2016, le président de la République a nommé la juge Julia Przyłębska au poste de présidente du Tribunal constitutionnel. [...]

Dans sa troisième recommandation, la Commission a estimé que la menace systémique envers l'état de droit en Pologne telle que présentée dans ses recommandations du 27 juillet 2016 et du 21 décembre 2016 s'était considérablement aggravée. En particulier:

La nomination illégale du président du Tribunal constitutionnel, l'admission des trois juges nommés par la 8e législature de la Diète sans aucune base juridique valide, le fait que l'un de ces juges ait été nommé vice-président du Tribunal, le fait que les trois juges qui ont été nommés dans le respect de la loi en octobre 2015 au cours de la législature précédente n'aient pas pu exercer leurs fonctions de juge au sein du Tribunal, ainsi que les nouveaux éléments qui sont ensuite intervenus dans la situation du Tribunal, tels que décrits plus haut, ont conduit de facto à une recomposition complète du Tribunal en dehors du processus constitutionnel normal de nomination des juges. Pour cette raison, la Commission a considéré que l'indépendance et la légitimité du Tribunal constitutionnel étaient gravement mises en péril et que, par conséquent, la constitutionnalité des lois polonaises ne pouvait plus être effectivement garantie. Les décisions rendues par le Tribunal dans ces circonstances ne peuvent plus être considérées comme fournissant un contrôle constitutionnel effectif.

Au final, la probabilité de voir en France une nouvelle majorité aux vues autoritaires prendre possession du Conseil Constitutionnel grâce à la nomination de membres loyaux apparaît comme plutôt limitée, malgré les imperfections réelles dans la procédure de nomination des membres du Conseil Constitutionnel, mais pas nulle. De plus, et même dans le cas peu probable où un parti réussirait à nommer une majorité de membres qui lui seraient loyaux au sein du Conseil Constitutionnel, l'une des caractéristiques les plus contestées du Conseil constitutionnel pourrait servir de contre-pouvoir. Conformément à l'article 56 de la Constitution française, en plus

des neuf membres déjà évoqués, les anciens Présidents de la République sont membres de droit à vie du Conseil Constitutionnel. À l'heure actuelle, il y a deux anciens Présidents de la République en vie, François Hollande et Nicolas Sarkozy, rehaussant le nombre total de membres du Conseil Constitutionnel à 11 et donc la majorité à 6. En tout état de cause, la présence des anciens Présidents de la République au sein du Conseil Constitutionnel garantit l'absence d'une capture totale du Conseil Constitutionnel, dans la mesure, bien entendu, de la volonté de siéger et de la bonne santé des anciens occupants de l'Élysée !

Néanmoins, même s'il serait difficile pour le parti au pouvoir de prendre possession du Conseil Constitutionnel, il serait toujours possible d'en influencer les membres. Conformément à l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, « pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix ». Cependant, il n'y a pas de restrictions pour les périodes suivant la fin de l'exercice de leurs fonctions. De plus, cette disposition ne semble pas s'appliquer aux nominations honorifiques. À plusieurs reprises, des membres du Conseil Constitutionnel ont été promus à des rangs divers au sein de l'ordre prestigieux de la Légion d'honneur par le Président de la République pendant leur service au sein du Conseil Constitutionnel.¹¹² Par ailleurs, bien qu'il semble peu probable que le parti au pouvoir puisse nommer les 9 membres du Conseil Constitutionnel en dehors des membres de droit, le Président de la République peut toujours influencer ceux déjà en poste en leur promettant par exemple des distinctions (immédiatement) ou des postes prestigieux (après la fin de leur fonction au sein du Conseil Constitutionnel), en échange de leur complaisance, de leur indulgence ou, potentiellement, d'un départ anticipé - qui autoriserait l'autorité de nomination à remplacer le membre sortant par un membre plus fidèle. Sans suggérer une quelconque malversation, un conflit d'intérêts ou une forme de partialité, il est intéressant de relever que Nicole Belloubet est devenue ministre de la Justice sous la présidence d'Emmanuel Macron après avoir été membre du Conseil Constitutionnel à une période où ce dernier devait connaître d'une affaire portée (avec succès) par le parti d'Emmanuel Macron, alors candidat à l'élection présidentielle, et relative à une inégalité dans le temps de parole accordé aux différents partis politiques dans les médias.¹¹³

Il convient de même de souligner qu'au regard de l'article 56 alinéa 3 de la Constitution française, le président du Conseil Constitutionnel, qui a une voix décisive en cas de partage des votes, est nommé par le Président de la République. Le Président de la République n'a même pas besoin d'attendre que le président quitte ses fonctions pour en nommer un nouveau. Par le passé, François Mitterrand et Jacques Chirac ont tous deux nommé un nouveau président du Conseil Constitutionnel avant même que celui déjà en place ait le temps de finir son mandat.

Toutes ces failles permettent potentiellement différentes formes d'influence et pourraient faciliter une prise de contrôle du Conseil constitutionnel par une nouvelle majorité qui chercherait à mettre en œuvre un processus d'autocratisation.

112. J. Thomas, L'indépendance du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2010, p. 190.

113. CC 2017-651 QPC, 31 mai 2017, Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives].

RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 - Modifier l'art. 65 de la Constitution pour y inscrire le principe de l'élection des magistrats par leurs pairs au CSM.

Recommandation n° 2 - Modifier l'art. 65 de la Constitution de façon à ce que la majorité des membres du CSM dans chaque formation soit composée de magistrats.

Recommandation n° 3 - Modifier la Constitution pour y inscrire que le ministre de la justice ne peut adresser aucune instruction aux magistrats du parquet dans les affaires individuelles.

Recommandation n° 4 - Modifier l'article 65 de la Constitution pour que les magistrats du ministère public soient nommés après avis conforme (et non plus avis simple) de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature.

Recommandation n° 5 - Modifier l'article 64 de la Constitution pour étendre l'inamovibilité des magistrats du siège aux magistrats du parquet.

Recommandation n° 6 - Modifier l'article 65 de la Constitution pour que la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet statue comme conseil de discipline des magistrats du parquet, au lieu de simplement donner un avis sur les sanctions disciplinaires qui concernent les magistrats du parquet.

Recommandation n° 7 - Inscrire dans la Constitution le principe selon lequel il ne peut y avoir à aucun moment, au Conseil d'Etat, une majorité de membres issus du tour extérieur et de membres en service extraordinaire.

Recommandation n° 8 - Donner un fondement constitutionnel à un équivalent fonctionnel du Conseil Supérieur de la Magistrature pour la justice administrative.

Recommandation n° 9 - Modifier l'article 56 de la Constitution afin d'abaisser le nombre de suffrages exprimés au sein des deux commissions permanentes compétentes de chaque assemblée nécessaire pour s'opposer à une nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le Président de la République.

Recommandation n° 10 - Inscrire dans la Constitution soit une limite d'âge pour les membres du Conseil constitutionnel soit que tout abaissement de la limite d'âge ne peut s'appliquer qu'aux membres du Conseil constitutionnel nommés postérieurement audit abaissement.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORGANIQUE

Recommandation n° 11 - Modifier l'article 6 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature de façon à rendre le mandat des membres du CSM non renouvelable.

Recommandation n° 12 - Modifier l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel afin d'interdire toute nomination honorifique des membres du Conseil constitutionnel pendant la durée de leurs fonctions.

Recommandation n° 13 - Modifier l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel afin d'instaurer une période pendant laquelle les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent pas exercer certaines fonctions après la fin de leur mandat (par exemple ministre) en vue d'éviter les conflits d'intérêts dans le temps.

Recommandation n° 14 - Modifier l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel afin d'énumérer de façon exhaustive et limitative les cas et conditions dans lesquels le président du Conseil constitutionnel peut être démis de ses fonctions.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 15 - Inscrire dans un texte de valeur au moins législative (par exemple le Code de justice administrative) que le seul critère d'avancement des membres du Conseil d'Etat est l'ancienneté pour l'ensemble des échelons à l'exception des plus importants, c'est-à-dire le Vice-Président, les Présidents de section, les Présidents de Chambre et les Présidents de la section du contentieux.

Recommandation n° 16 - Renforcer dans un texte de valeur au moins législative le cadre de la nomination du Vice-Président du Conseil d'Etat pour lui garantir une meilleure indépendance (par exemple un avis conforme d'une commission composée des présidents de Section ou de la Commission Supérieure du Conseil d'Etat).

Recommandation n° 17 - Modifier dans un texte de valeur au moins législative la procédure de nomination des présidents de Section du Conseil d'Etat pour la rendre moins dépendante d'un choix discrétionnaire du Président de la République (par exemple en la soumettant à l'avis conforme du Vice-Président du Conseil d'Etat).

Recommandation n° 18 - Inscrire dans un texte de valeur au moins législative un mandat fixe non renouvelable ou à vie pour les positions les plus élevées au sein du Conseil d'Etat (au moins Vice-Président et Présidents de section, éventuellement Présidents de Chambre et Présidents de la section du contentieux).

Recommandation n° 19 - Renforcer dans un texte de valeur au moins législative le cadre de la nomination des membres du Conseil d'Etat au tour extérieur (par exemple remplacer l'avis simple de la commission d'intégration par un avis conforme de la Commission Supérieure du Conseil d'Etat).

Recommandation n° 20 - Inscrire le nombre maximum de conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions juridictionnelles dans un texte de valeur au moins législative.

Recommandation n° 21 - Modifier l'article L132-1 du Code de justice administrative pour que la majorité des membres de la Commission Supérieure du Conseil d'Etat soient élus par leurs pairs.

Recommandation n° 22 - Inscrire dans un texte de valeur au moins législative que le Conseil d'Etat a compétence pour connaître des recours en excès de pouvoir contre une décision de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE MODIFICATION RÉGLEMENTAIRE

Recommandation n° 23 - modifier l'art. 2 du Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature pour que le directeur de l'Ecole nationale de la magistrature soit nommé sur avis conforme du conseil d'administration, pour une durée non renouvelable (par exemple de six ans).

05. LA FONCTION PUBLIQUE

Jean-Philippe Ferreira
Professeur de droit public,
Université de Bordeaux

Charles Froger
Maître de conférences en droit
public, Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

- La fonction publique est plus fortement exposée que d'autres institutions à un choc autoritaire, dont le garde-fou principal réside dans le contrôle du juge.
- Au stade du recrutement, la contractualisation de la fonction publique et la politisation de certains emplois offrent une grande latitude, en dépit du rôle cardinal du principe d'égalité.

- L'individualisation du déroulement de carrière expose les agents, même indirectement, à de potentielles pressions de l'autorité hiérarchique.
- Les modalités de sortie de la carrière peuvent également être utilisées à des fins autoritaires.
- Un choc autoritaire pourrait conduire à la majoration de certaines obligations et la minoration de certains droits des agents publics

INTRODUCTION

La perspective d'un choc autoritaire pourrait ébranler plus facilement la fonction publique que d'autres institutions. Chaque changement de régime politique ou presque a donné lieu à des épurations administratives. Les agents publics sont en effet les principaux rouages de la mise en œuvre de l'action et des politiques publiques. La Constitution de 1958 rappelle à cet égard que le Premier ministre dispose de l'administration (art. 21 de la Constitution).

Pour éviter leur politisation (c'est-à-dire l'asservissement du personnel administratif aux gouvernants en place) et garantir leur indépendance, le droit français a fait le choix, au moins depuis 1946, de soumettre les agents à un statut, légal et réglementaire, aujourd'hui prévu par le code général de la fonction publique (art. L. 1 CGFP). Il a vocation à garantir l'indépendance politique des agents face aux employeurs publics, afin d'assurer la satisfaction de l'intérêt général et non la satisfaction des intérêts personnels et politiques des gouvernants. Ce statut s'applique d'abord au fonctionnaire, en principe recruté par concours, et titularisé dans un corps ou cadre d'emplois, propriétaire de son grade qui lui donne vocation à exercer plusieurs emplois y correspondant. Il peut ainsi faire carrière dans cette fonction publique. Le droit français donne un champ large à ce statut en consacrant le principe du fonctionariat, « principe selon lequel, conformément à la conception française de la fonction publique, les emplois permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires régis par un statut ».¹¹⁴ Ce statut confère également aux fonctionnaires des droits en tant que citoyen mais aussi comme travailleur, tous nécessaires à la participation au débat démocratique. À côté des fonctionnaires, la fonction publique est constituée d'agents contractuels placés dans une situation quasi-statutaire qui,

en dehors du recrutement, est largement déterminée de manière unilatérale. S'ils ne sont pas titulaires d'un grade, mais recrutés sur un emploi, ils disposent de garanties largement équivalentes, notamment les mêmes droits, à celles des fonctionnaires. De cette architecture, comme l'affirmait le ministre communiste Maurice Thorez en 1946, lors de l'adoption du premier statut démocratique de la fonction publique, il ressort que l'agent public n'est pas le « domestique du Gouvernement livré à l'arbitraire ou au favoritisme mais le serviteur de l'État et de la nation, garanti dans ses droits, son avancement et son traitement, conscient en même temps de sa responsabilité, considéré comme un homme et non comme un rouage impersonnel de la machine administrative ».

Toutefois, bien qu'aujourd'hui gage d'indépendance, le statut peut aussi, selon son contenu, être un outil autoritaire asservissant le fonctionnaire, comme le rappelle l'exemple du statut des fonctionnaires sous Vichy posé par la loi du 14 septembre 1941. Le droit de la fonction publique reste en effet largement dans les mains des pouvoirs exécutif et législatif. Bien que le législateur soit tenu de fixer les garanties fondamentales des fonctionnaires (art. 34 de la Constitution), il en détermine assez librement leur contenu et le Conseil constitutionnel, interprétant parfois souplesment les droits fondamentaux des agents publics, se range volontiers au choix du Parlement. De manière générale, la modification du régime juridique des agents publics, et l'amodirissement des garanties d'indépendance dont ils disposent, est largement modifiable par la loi (**avec une majorité à l'assemblée nationale**), et plus encore par le pouvoir réglementaire, même si celui-ci passe, pour la majeure partie, par des décrets en Conseil d'État (art. L. 9 CGFP).

114. CE, ass., avis n° 397088, 21 mars 2019.

Divisée en trois versants (étatique, territorial, hospitalier), la fonction publique et ses 5,9 millions d'agents¹¹⁵ résisteraient donc non sans difficulté à un choc autoritaire, sa vocation première étant de servir l'Etat. A cet égard, la fonction publique étatique paraît plus exposée que les autres versants. La fonction publique territoriale, en raison de l'autonomie de gestion des collectivités territoriales et d'élus

possiblement opposés à un gouvernement autoritaire, peut être un lieu de résistance plus fort. L'étude des principales étapes de la vie de l'agent public - l'entrée, la carrière et la sortie (5.1 à 5.3) - et de ses droits et obligations (5.4) permet de mettre en avant les risques et, en creux ou au prix de certaines modifications du droit existant, les principaux moyens de défense de la fonction publique.

5.1 L'ENTRÉE DANS LA FONCTION PUBLIQUE

L'entrée dans la fonction publique est entièrement guidée par le principe d'égale admissibilité aux emplois publics, consacré à l'article 6 de la DDHC. Pour les fonctionnaires, cette exigence se traduit par la mise en place d'un recrutement par concours reposant sur l'indépendance et l'impartialité du jury, dont la composition reste globalement à la main de l'administration, ce qui ne peut exclure tout risque de politisation indirecte, en particulier pour l'accès aux corps de la haute fonction publique.¹¹⁶ Mais en l'état du droit, les risques sont ailleurs. En effet, l'administration-employeur dispose d'une grande latitude dans le recrutement de nombreux agents publics, tant du fait de la banalisation du recours au contrat ces dernières années (5.1.1), que la discrétionnarité laissée dans le recrutement de certains emplois d'encadrement (5.1.2).

5.1.1. LES RISQUES DÉCOULANT DE LA CONTRACTUALISATION

En dépit du principe du concours pour les emplois permanents dans la fonction publique (art. L. 311-1 CGFP), le recrutement par contrat n'a cessé de s'étendre dans les quinze dernières années. Alors que les contractuels ne représentaient que 17 % des effectifs de la fonction publique en 2011, cette part a progressé pour atteindre 24 % des agents publics à la fin de l'année 2024.¹¹⁷ La réforme opérée par la loi de transformation de la fonction du 6 août 2019 a en effet ouvert davantage la brèche du contrat. Autrefois cantonnés à l'exécution de tâches ponctuelles ou au temps incomplet, les agents contractuels sont désormais susceptibles d'occuper des emplois permanents, peu importe le niveau hiérarchique, dans les établissements publics de l'Etat, dans les communes de moins de 1 000 habitants et les groupements de communes de moins de 15 000 habitants, ainsi que pour les emplois dont la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient dans les trois fonctions publiques, les emplois de direction de l'Etat, et les emplois fonctionnels territoriaux (art. L. 331-1 et s. CGFP). Dans cet ensemble, et alors que les contrats à durée déterminée (CDD) constituent encore la règle, les contrats à durée indéterminée (CDI) connaissent une nette valorisation. La loi de 2019 a surtout élargi leur utilisation, qui n'est plus cantonnée au seul critère d'une ancienneté de six ans de services publics dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique. Désormais, le CDI peut être la voie de primo-recrutements, en particulier ceux opérés dans les établissements publics de l'Etat (art. L. 332-1 CGFP).

Ce tableau d'ensemble offre un aperçu des risques que font peser les tentations autoritaires sur la fonction publique. Tout d'abord, le recours au contrat offre une plus grande marge de manœuvre pour mettre au pas de l'administration. Si le législateur le souhaitait (**moyennant alors une majorité parlementaire**), il pourrait réduire à peu de chagrin le principe du fonctionnariat. D'après le Conseil constitutionnel, « aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les emplois participant à l'exercice de « fonctions régaliennes » soient occupés par des fonctionnaires ». ¹¹⁸ Plus explicite encore, le Conseil d'Etat estime qu'« aucune décision du Conseil constitutionnel n'ayant conféré [au principe du fonctionnariat] une valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur d'y déroger ». ¹¹⁹ Les recrutements par contrat doivent seulement se faire « selon des procédures permettant de garantir le respect du principe d'égal accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». ¹²⁰ La procédure existante pour les recrutements sur un emploi permanent en CDI n'offre cependant pas les garanties du concours et le principe d'égalité ne peut tout au plus qu'atténuer l'intuitu personae propre à la contractualisation, sans écarter une forme d'inféodation de l'agent à l'administration-employeur. D'une telle réforme, le contrat et spécialement le CDI sortirait encore renforcé. Il permet déjà un accès direct à des missions stratégiques assurées par certains établissements publics de l'Etat, comme le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives, Business France ou encore l'Agence française de développement.

Un deuxième risque lié au contrat pourrait résulter de la fermeture des portes de la fonction publique aux étrangers extra-communautaires. Si la nationalité française est requise pour les emplois de souveraineté, y compris pour les contractuels (art. R. 331-3 CGFP), les autres emplois font l'objet d'une appréciation différente : le statut de fonctionnaire n'est ouvert qu'aux seuls ressortissants européens (art. L. 321-2 CGFP), tandis que le contrat ne fait l'objet d'aucune condition de nationalité. D'après le Conseil d'Etat, aucune

115. Établi à la fin de l'année 2024 : cf. Insee, L'emploi dans la fonction publique en 2024, n° 2094, février 2026.

116. A titre d'exemple, la composition du jury de l'Institut national du service public résulte d'un arrêté de nomination du Premier ministre.

117. Insee, L'emploi dans la fonction publique en 2024, préc.

118. CC, 1er août 2019, n° 2019-790 DC, Loi de transformation de la fonction publique.

119. CE, ass., avis, n° 397088, 21 mars 2019.

120. Ibidem.

disposition législative, ni aucun principe général du droit public, ni aucun acte réglementaire ne s'oppose au recrutement d'un étranger en qualité de contractuel.¹²¹ Par conséquent et a contrario, une restriction réglementaire de l'accès des étrangers non européens à la fonction publique serait envisageable, sous réserve du contrôle opéré par le juge administratif.¹²²

Enfin, une autre compression de la fonction publique pourrait passer par la soumission des personnels à des contrats relevant du droit privé, c'est-à-dire du droit du travail. En l'état du droit, la jurisprudence estime, certes, que les agents non statutaires, recrutés par une personne publique et « travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi ».¹²³ Cependant, le Conseil constitutionnel dénie tout lien entre service public et fonction publique¹²⁴, si bien que le législateur peut parfaitement prévoir l'application du droit privé à de tels agents, comme il l'a fait pour les agents de France Travail ou ceux des chambres de commerce et d'industrie.¹²⁵ Un texte législatif (**sous réserve, donc, d'une majorité parlementaire**) suffirait donc à soumettre l'ensemble des contractuels à un régime de droit privé, comme le suggérerait d'ailleurs le rapport élaboré par le Comité Action Publique 2022.¹²⁶ Le périmètre de la fonction publique s'en retrouverait nettement réduit, au risque de ne plus comprendre que des emplois directement dépendant de la volonté du gouvernement.

5.1.2. LES RISQUES DÉCOULANT DE LA POLITISATION DE CERTAINS EMPLOIS

La fonction publique connaît déjà une politisation de certains emplois, en particulier pour ceux caractérisés par une grande liberté de choix de l'administration-employeur.

En premier lieu, le droit de la fonction publique offre quelques zones de discrétionnarité aux autorités pour le recrutement des agents, dont l'illustration la plus importante réside dans les emplois supérieurs. Situés à la jonction du politique et de l'administratif, ces emplois correspondent aux plus hautes fonctions exercées au sein de l'administration, et sont caractérisés par un fort lien de confiance, justifiant un recrutement hors concours et leur dimension essentiellement révocable. S'agissant de l'Etat, ces emplois sont « à la décision du gouvernement », c'est-à-dire que « les nominations sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des agents contractuels » (art. L. 341-1 CGFP). La liste des emplois fixée par le pouvoir réglementaire n'est nullement exhaustive. Un emploi peut donc être qualifié comme tel au cas par cas, sous le contrôle du juge administratif.¹²⁷ Cette liste mentionne notamment les fonctions de secrétaire général du gouvernement, de délégué interministériel, de préfet, d'ambassadeur, de recteur d'académie, ou de directeur d'administration centrale.¹²⁸

LA POLITISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE : LE CAS POLONAIS

En décembre 2015 et en janvier 2016, un certain nombre de nouveaux actes législatifs particulièrement sensibles ont été adoptés par la Diète, souvent au moyen de procédures législatives accélérées, à savoir, notamment, une loi sur les médias, une nouvelle loi sur la fonction publique, une loi portant modification de la loi sur la police et de certaines autres lois, ainsi qu'une loi sur le ministère public.

En ce qui concerne la loi du 30 décembre 2015 portant modification de la loi sur la fonction publique et de certains autres actes, celle-ci a aboli le principe des procédures de recrutement ouvertes pour les postes de haut niveau de la fonction publique (directeurs) qui sont désormais nommés et révoqués par le Ministre ou le directeur des services centraux. Pour le Parlement européen, « un système de fonction publique efficace, impartial, professionnel et politiquement neutre constitue un élément fondamental de la gouvernance démocratique », or « la nouvelle loi sur la fonction publique semble de nature à compromettre ce principe ainsi que l'article 153 de la constitution polonaise ».¹²⁹ Dès lors, il existe un « risque grave de politisation de l'administration polonaise, ce qui porterait atteinte à l'impartialité de la fonction publique ».¹³⁰

Un choc autoritaire pourrait accroître la politisation de la haute administration de l'Etat, au prix d'un effort juridique relativement limité. D'une part, une simple modification réglementaire suffit à étendre la liste des emplois, dès lors qu'ils sont associés de manière étroite à la mise en œuvre de la politique du gouvernement.¹³¹ D'autre part, et sous réserve d'une exigence de compétence liée à l'article 6 de la DDHC imposée par le Conseil constitutionnel,¹³² le recrutement est libre. Les dernières réformes de la fonction publique ont consolidé cette latitude pour certains emplois à la décision du gouvernement. La réforme de l'encadrement supérieur de l'Etat réalisée en 2021¹³³ a par exemple consacré la fonctionnalisation de certains emplois, notamment

121. CE, avis, 17 mai 1973, n° 310715 ; CE, 20 janvier 1975, Election des représentants du conseil d'administration du CES François Mauriac, Lebon.

122. CE, 16 juillet 2014, n° 372835, Association «Sauvons l'Université», Lebon T.

123. TC, 25 mars 1996, n° 3000, Berkani, Lebon.

124. CE, 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, Loi portant création des emplois d'avenir.

125. Voir respectivement : article 7, I de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi ; article L. 710-1 du Code de commerce.

126. Comité action publique 2022, Service public : se réinventer pour mieux servir, juin 2018, p. 37.

127. CE, ass., 13 mars 1953, Tessier.

128. Ancien décret n° 85-779 du 24 juillet 1985, désormais codifié à l'article R. 341-1 du CGFP.

129. Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les récentes évolutions en Pologne et leurs conséquences sur les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [2016/2774(RSP)], 14 septembre 2016, considérant X.

130. Ibidem

131. CE, sect., 27 octobre 2019, n° 424394, CFDT Affaires étrangères et autres.

132. CC, 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, M. Robert C.

133. Ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat

ceux visés par la mise en extinction des corps préfectoraux et d'ambassadeurs, l'exercice de ces missions ne dépendant plus de l'appartenance à un corps.¹³⁴

L'expression du pouvoir discrétionnaire de l'administration-employeur se matérialise encore par les nominations au tour extérieur, souvent accusées de favoriser un recrutement politique au sein de la haute administration. Selon la typologie empruntée au conseiller d'Etat Olivier Schrameck, son usage gouvernemental produit alternativement des « nominations-récompense », des « nominations-protection » ou encore des « nominations-consolation ».¹³⁵ Ouverte pour les corps d'inspection et de contrôle (art. L. 326-6 CGFP), cette modalité ne comporte pas d'autres exigences que celle de l'âge et de la compétence des personnes recrutées conformément au principe constitutionnel d'égal accès.¹³⁶ Le tour extérieur du gouvernement a cependant été considérablement réduit à la suite de la réforme de l'encadrement supérieur de l'Etat de 2021¹³⁷, ayant également mis en extinction les corps d'inspection, ce qui n'évince pas tout risque de politisation : ce procédé existe encore pour le recrutement des conseillers d'Etat, certes dans une proportion réduite à celle antérieure à la réforme de 2021¹³⁸, et il perdure dans certaines administrations sous la forme d'une voie de promotion interne (art. L. 326-5 CGFP).¹³⁹ Malgré tout l'intérêt que peut présenter une telle voie de recrutement pour l'administration¹⁴⁰, les changements récents montrent qu'elle n'est pas essentielle et pourrait même alimenter les velléités d'un pouvoir autoritaire, qui souhaiterait politiser davantage la composition de la haute administration, si toutefois la fonctionnalisation de certaines missions n'est pas déjà de nature à satisfaire un tel pouvoir. **Cela supposerait toutefois de procéder à de nouvelles extensions du champ du tour extérieur par la voie législative, et donc une majorité parlementaire favorable.**

En second lieu, des voies plus indirectes peuvent laisser une marge de manœuvre importante pour politiser

le recrutement. En attestent tout particulièrement les emplois de direction qui, depuis la loi de transformation de la fonction publique de 2019, peuvent être pourvus également par des contractuels.¹⁴¹

AUX ETATS-UNIS, UN RETOUR AU SPOILS SYSTEM AVEC LE SCHEDULE F

Adopté une première fois par un executive order (décret) de 2020¹⁴², le *Schedule F* visait à reclasser les agents fédéraux en employés assurant des fonctions de conception et de mise en application des politiques publiques dans la catégorie des emplois relevant de l'*excepted service*, qui dépendent plus fortement de la confiance de l'exécutif. Cette modification atténue le *merit system* qui structure le *civil service* aux Etats-Unis en réduisant les garanties procédurales dont bénéficient ces agents, notamment afin d'en faciliter la révocation.

Abrogé en 2021 par l'administration Biden, ce dispositif, souvent analysé comme une résurgence du *spoils system*¹⁴³, a été rétabli par un executive order du président Donald Trump en janvier 2025 pour être appliqué à des dizaines de milliers d'agents.¹⁴⁴ Le décret affirme que « ces dernières années, toutefois, de nombreux cas, abondamment documentés, ont mis en évidence des agents fédéraux de carrière résistant aux politiques et directives de leur hiérarchie exécutive, voire les sapant. Les principes d'une bonne administration imposent dès lors d'agir afin de rétablir la responsabilité au sein de la fonction publique de carrière, en commençant par les postes à caractère confidentiel ou relevant de la détermination, de l'élaboration ou de la promotion des politiques publiques ».¹⁴⁵

5.2 LA CARRIÈRE DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Le système de la carrière, qui caractérise traditionnellement la fonction publique française, implique une progression sur le temps long de l'agent public au moyen de différentes positions et mobilités, visant à favoriser son efficacité et entretenir sa motivation. Si ces modalités s'appliquent principalement aux fonctionnaires, les contractuels ne doivent pas être totalement négligés dans la mesure où ils connaissent également une « *quasi-carrière* »¹⁴⁶, dont l'une des illustrations repose notamment sur la réévaluation triennale de la rémunération des agents en CDI.¹⁴⁷ La fonction publique s'inscrit désormais dans une logique d'une plus grande individualisation des parcours professionnels, qui n'est pas sans risques s'agissant autant des modalités d'avancement, que des instruments de mobilités.

En premier lieu, le modèle statutaire repose sur l'idée d'une progression de l'agent public au sein d'un corps ou d'un cadre d'emplois, laquelle est évaluée au moyen de

règles objectives, tenant à la fois à son ancienneté et à sa valeur professionnelle. Le système de la notation chiffrée,

134. Décret n° 2022-491 du 6 avril 2022 ; décret n° 2022-561 du 16 avril 2022.

135. O. Schrameck, « Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques », AJDA 1994, 429.

136. CC, 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public ; CE, 23 décembre 2011, n° 346629, Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières.

137. Ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021, préc.

138. Article L. 133-7 du CJA.

139. Voir par exemple, pour le corps des administrateurs de l'Etat, l'article 4 du décret n° 2021-1550 du 1er décembre 2021, ou encore pour le corps des directeurs des services pénitentiaires, l'article 4 du décret n° 2007-930 du 15 mai 2007.

140. Pour une défense du tour extérieur, voir M. Pochard, « Requiem pour le tour extérieur du gouvernement », AJDA 2021, p. 1726.

141. Article L. 342-1 du CGFP.

142. Executive Order on Creating Schedule F In The Excepted Service, October 21, 2020.

143. A. Coutant, « Trump 2025 » ou le retour du spoils system ?, AJFP 2025, p.113.

144. Restoring accountability to policy-influencing. Positions within the federal workforce, January 20, 2025.

145. Ibidem.

146. C. Fortier, Droit de la fonction publique, Dalloz, 2025, 3e éd., p. 140.

147. Voir par exemple, pour les agents de l'Etat, l'art. 1-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986.

autrefois destiné à apprécier les mérites de l'agent, a progressivement cédé la place, à partir du début des années 2000, à un entretien d'évaluation entre ce dernier et son supérieur hiérarchique (art. L. 521-1 et s. CGFP). Quant à la progression proprement dite, elle inclut non seulement des modalités d'avancement au sein du grade (art. L. 522-1 et s. CGFP), mais aussi des perspectives d'évolution au niveau supérieur par la promotion interne, dont l'obtention est conditionnée à la réussite d'un concours interne ou d'un examen professionnel, ou à l'inscription sur une liste d'aptitude (art. L. 523-1 CGFP). Dans cet ensemble, le pouvoir d'appréciation de l'administration-employeur n'est plus encadré par des instances collectives comme autrefois, les commissions administratives paritaires (CAP) ayant connu une réduction de leur rôle depuis la loi de transformation de la fonction publique de 2019, mais désormais par des lignes directrices de gestion, envisagées comme l'outil par excellence de détermination de « la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines » (art. L. 413-1 CGFP), et arrêtées par l'autorité hiérarchique.

Par conséquent, la progression de carrière fait l'objet d'une plus grande individualisation, permettant aisément d'entrevoir les difficultés pouvant peser sur l'agent en présence d'un gouvernement autoritaire. Les risques ne reposent pas tant sur la conformité du cadre juridique à des règles supérieures, que sur la grande latitude offerte à l'employeur. D'une part, le législateur offre toute la liberté nécessaire à l'autorité administrative pour l'élaboration des lignes directrices de gestion, qui pourraient conduire à prioriser certaines expériences, ainsi que des profils

d'agents réputés fiables au regard des nouvelles orientations gouvernementales. D'autre part, une pression explicite du supérieur hiérarchique ne serait pas même nécessaire pour instaurer ou conforter une tendance au conformisme d'agents légitimement soucieux de préserver leurs perspectives d'avancement, a fortiori dans l'actuel contexte de paupérisation de la fonction publique. L'entretien professionnel pourrait par ailleurs donner lieu à une orientation du comportement de l'agent, de nature à en favoriser la docilité. Reste le contrôle du juge administratif sur l'entretien, compétent également pour les lignes directrices de gestion.¹⁴⁸

La mobilité est traditionnellement envisagée comme un instrument d'enrichissement de la vie professionnelle des agents, à travers l'acquisition de nouvelles compétences qui participent du bon fonctionnement du service public. C'est dans cette perspective que sont prévus le détachement, la mutation ou encore la mobilité entre les différents versants de la fonction publique. Mais si la mobilité est parfois choisie, il existe également des mobilités imposées, telle que la mutation d'office prononcée dans l'intérêt du service (art. L. 512-18 CGFP). Cette mesure prise en considération de la personne de l'agent, justifiant la communication de son dossier¹⁴⁹, n'est pas assimilée à une sanction disciplinaire. Dans un contexte autoritaire, un tel outil pourrait offrir une marge de manœuvre pour éloigner des agents qui ne seraient pas en phase avec les politiques publiques commandées par le gouvernement ou pour les écarter de fonctions stratégiques. Pour s'y opposer, l'agent devra alors prouver qu'il s'agit d'une sanction déguisée illégale.

5.3 LA SORTIE DE LA FONCTION PUBLIQUE

L'arrivée d'un gouvernement autoritaire peut entraîner souvent une forte compression des dépenses publiques passant notamment par la réduction drastique des effectifs de la fonction publique. Ses ressorts sont généralement idéologiques, intervenant au nom de la dérégulation et de l'externalisation, comme le montrent les exemples états-unien et argentin. Ces évictions passent davantage par des pratiques plutôt que par l'adoption de textes normatifs, même si dans le « cas hongrois », une loi (d'exception en pratique) fut rapidement adoptée par le gouvernement du premier ministre Viktor Orbán pour permettre des licenciements de masse sans justification.

En droit français, il existe une garantie reposant sur la distinction du grade et de l'emploi qui permet au fonctionnaire dont l'emploi est supprimé de se voir obligatoirement réaffecté sur un emploi correspondant à son grade, ce qui écarte les possibilités de licenciement sur ce fondement (sauf loi exceptionnelle de dégageant des cadres dans la fonction publique de l'Etat, nécessitant donc une majorité parlementaire - art. L. 553-1 CGFP). Cependant, cette garantie, qui ne vaut d'ailleurs pas pour les contractuels, ne protège pas contre toute dérive autoritaire.

En effet, les modes de cessation définitive des fonctions sont nombreux (art. L. 550-1 à L. 557-2 CGFP) et plusieurs d'entre eux pourraient inciter les agents à sortir de la fonction publique, voire leur imposer un départ, sur des critères non exclusivement professionnels. En l'état du droit, ce risque de politisation de l'éviction des agents publics est présent, même si certains garde-fous existent.

En premier lieu, des pressions sur le travail des agents pourraient les contraindre à démissionner. Aux Etats-Unis, le Department of Government Efficiency (DOGE), sous la direction d'Elon Musk, a ainsi cherché à provoquer de tels mouvements de démissions en tentant de revenir sur le principe du télétravail, modalité bien ancrée dans certaines administrations fédérales. En droit français, la démission, outre la nécessité d'être acceptée par l'employeur public, doit surtout résulter « d'une demande écrite de l'intéressé marquant sa volonté non équivoque de cesser ses fonctions » (art. L. 551-1 CGFP).

148. CE, sect., 12 juin 2020, GISTI, n° 418142, Lebon.

149. CE, 17 décembre 2007, Dazord, n° 301317, Lebon T.

LICENCIEMENT DE FONCTIONNAIRES SANS RAISON PARTICULIÈRE : LE CAS HONGROIS

Peu après son retour au pouvoir en 2010 et pour s'assurer un contrôle rapide de la fonction publique via inter alia un renouvellement de cette dernière par des loyalistes, Viktor Orbán fit voter une loi sur le statut juridique des fonctionnaires permettant de licencier un fonctionnaire sans avoir à avancer de raison particulière. La disposition pertinente de cette loi fut déclarée nulle pour inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle hongroise en février 2011, avant que celle-ci soit elle-même capturée par le nouveau régime, sans toutefois que cela empêche une « purge » conséquente de la fonction publique hongroise à défaut d'une application rétroactive de la déclaration d'inconstitutionnalité aux licenciements déjà intervenus et aux affaires pendantes.

Une fonctionnaire hongroise licenciée sur la base de cette loi introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme en mars 2011. Dans un jugement du 10 juillet 2012 dans l'affaire *K.M.C. c/ Hongrie*¹⁵⁰, la Cour conclut, à l'unanimité, à une violation de l'article 6(1) CEDH (droit d'accès à un tribunal). Pour la Cour, la requérante s'est trouvée dans l'impossibilité de former un recours valable devant les tribunaux parce qu'elle n'avait pas d'élément à contester, et que le système juridique hongrois ne pouvait plus être considéré comme offrant un recours judiciaire effectif.

Ce n'est qu'en octobre 2023 que le Conseil de l'Europe a jugé cet arrêt pleinement exécuté par les autorités hongroises.¹⁵¹ En pratique toutefois, le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme n'a aucunement permis de revenir sur les licenciements de fonctionnaires sur la base d'une loi inconstitutionnelle et en violation de la CEDH. La loi cessa certes d'être appliquée en date du 31 mai 2011 mais cela veut dire que Viktor Orbán fut en mesure d'atteindre son objectif et licencier un grand nombre de fonctionnaires en toute illégalité pendant une longue période de temps (du 6 juillet 2010 au 31 mai 2011) et en toute impunité.

En deuxième lieu, l'agent public peut faire l'objet d'une sanction de révocation (pour les fonctionnaires), ou de licenciement pour motif disciplinaire (pour les contractuels). Il s'agit de la sanction la plus lourde pouvant être prononcée et nécessite une certaine gravité de la faute commise. L'agent dispose cependant de garanties contre l'arbitraire grâce à la procédure disciplinaire. Elle impose, par exemple, la communication de son dossier à l'agent ou encore la réunion d'un conseil de discipline, composé de représentants de l'employeur et des agents qui émettent un avis sur la sanction choisie. Certaines de ces garanties découlent par ailleurs de principes constitutionnels, tels que les droits de la défense. La sanction est, en tout état de cause, susceptible de recours devant le juge administratif. Les risques de dévoiement de la révocation, notamment pour des motifs liés aux opinions politiques des agents (cf. 6.4.1.), demeurent donc limités.

En troisième lieu, le licenciement pour insuffisance professionnelle peut être un levier pour écarter les agents, comme le montre l'exemple argentin. L'insuffisance professionnelle est protéiforme et laisse une marge d'appréciation à l'employeur public. Ce motif doit toutefois reposer sur des éléments « révélant l'inaptitude de l'agent à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé » et « non sur une carence ponctuelle dans l'exercice de ses fonctions ».¹⁵³ Le juge contrôle pleinement la réalité de ce motif. Par ailleurs, une garantie existe pour l'agent : cette mesure de sortie ne peut être prononcée qu'« après observation de la procédure prévue en matière disciplinaire » (art. L. 553-2 CGFP).

En dernier lieu, la fin du contrat d'un agent public constitue certainement le moyen le plus aisé de pousser les agents publics vers la sortie, comme le montre à nouveau l'exemple argentin, par le biais du non renouvellement d'un agent en contrat à durée indéterminée (CDD). En effet, l'agent n'a pas de droit au renouvellement et l'administration doit seulement justifier d'un intérêt du service, motif sur lequel le juge n'exerce qu'un contrôle limité. Les motifs sont donc larges : une réorganisation des services occasionnant des suppressions d'emplois, des nécessités liées aux incidences sur l'organisation du service des nombreuses absences pour maladie de l'agent ou encore des considérations budgétaires. L'employeur ne peut cependant explicitement se fonder sur les opinions politiques de l'agent.¹⁵⁴

150. CEDH, 10 juil. 2012, *K.M.C. c. Hongrie*, n° 19554/11

151. DH-DD[2023]926, 1475th meeting (September 2023) (DH) - Action report [03/08/2023] - Communication from Hungary concerning the case of *K.M.C. v. Hungary* [Application No. 19554/11]

152. CE, 22 juin 1994, 124183 125046, *Lebon T.*

153. CE, 1er juin 2016, n° 392261, *Commune de Sète*, AJDA 2016. 1155.

154. CE, 2 févr. 2000, n° 196157, inédit.

Lorsqu'elle est provoquée par l'employeur, le recours au juge administratif constitue le dernier rempart. Celui-ci annule par exemple une démission donnée sous la contrainte lors d'un entretien avec le supérieur.¹⁵² On ne peut cependant exclure que la mise en cause de la qualité de vie au travail dans les services publics, par des réductions budgétaires conséquentes, incite à des départs volontaires.

LES ÉVICTIONS DE LA FONCTION PUBLIQUE : LES CAS ARGENTIN ET ÉTATS-UNIENS

L'élection du président Javier Milei en Argentine, le 19 novembre 2023, s'est immédiatement traduite par des réductions drastiques des effectifs dans la fonction publique via la création du ministère de la dérégulation et la transformation de l'État. L'administration nationale publique a perdu plus de 55 000 emplois entre novembre 2023 et février 2025. Outre les suppressions des supports budgétaires des emplois publics, des « tests d'aptitude » en ligne ont été adressés à 40 000 agents publics contractuels et intérimaires afin de déterminer lesquels méritent ou non de conserver leur emploi. Le non renouvellement de contractuels a également été une voie largement utilisée comme la dégradation des conditions de travail (par exemple par un travail en présentiel obligatoire) pour susciter des démissions.

Ces méthodes ont inspiré les États-Unis, après la réélection du président Donald Trump le 5 novembre 2024. Ce dernier a rapidement nommé Elon Musk à la tête de l'éphémère DOGE (actif de janvier 2025 à novembre 2025) dont la mission était de réduire drastiquement les dépenses publiques fédérales.

Celui-ci a d'abord utilisé la réinstauration, par un executive order pris par Donald Trump en 2025, du « Schedule F », désormais dénommée « Politique/carrière », (voir encadré précédent) pour évincer des fonctionnaires fédéraux du fait de leur opposition politique supposée. En outre, l'executive order rappelle l'article 2 de la Constitution américaine affirmant que le Président dispose du « pouvoir d'administrer la fonction publique fédérale afin d'assurer l'exécution effective du droit fédéral. Un aspect essentiel de cette fonction exécutive réside dans la responsabilité de maintenir le professionnalisme et la responsabilité (accountability) au sein de la fonction publique ». Et le texte affirme que « cette responsabilité fait aujourd'hui gravement défaut ». Dans cette logique, en février 2025, le DOGE a demandé à certains fonctionnaires fédéraux américains de justifier de leur activité professionnelle sous peine d'être considérés comme démissionnaires. La démission a également été recherchée par la dégradation des conditions de travail dans plusieurs administrations, par exemple, par l'abandon du principe du télétravail.

5.4 LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DES AGENTS PUBLICS

Le droit de la fonction publique reconnaît, au moins depuis 1946, des droits fondamentaux aux agents publics. Sa qualité d'agent public n'annihile pas celle de citoyen ; il dispose ainsi des libertés d'expression et d'opinion. De plus, sa situation de travailleur lui ouvre le bénéfice de la liberté syndicale et du droit de grève. Ces droits lui donnent le moyen d'exprimer des revendications citoyennes et professionnelles qu'un gouvernement autoritaire pourrait chercher à limiter. Si la suppression de ces droits et libertés paraît difficile, en raison de leurs protections constitutionnelle et européenne, le législateur et surtout les autorités administratives, bien que tenus de les respecter, pourraient aménager leur portée en les minorant de manière significative. Ces derniers pourraient s'appuyer sur les obligations déontologiques particulières qu'implique la qualité d'agent public, afin de contraindre les personnels à une plus grande docilité à l'égard du pouvoir. Dans la même logique, une diminution des droits des travailleurs ne peut être exclue.

5.4.1. L'AGENT PUBLIC-CITOYEN : LES RISQUES DE MAJORATIONS DES OBLIGATIONS

Les principales libertés dont dispose l'agent public en qualité de citoyen sont celles d'opinion et d'expression, ferment d'un agent public, acteur de la détermination de l'intérêt général.

En premier lieu, la liberté d'opinion est reconnue à l'agent public ; il s'agit même du premier droit reconnu par le code général de la fonction publique (art. L. 111-1 du CGFP). Autre-

ment dit, en tant que citoyen, il peut adhérer à une association, à un parti politique ou encore militer activement. D'abord, les opinions de l'agent ne peuvent pas entraver son accès à la fonction publique, tant par la voie du concours que du contrat, en application du principe d'égalité d'accès à celle-ci, garanti par l'article 6 de la DDHC.¹⁵⁶ Une telle entrave constituerait une discrimination dont la preuve est d'ailleurs facilitée par le juge administratif.¹⁵⁷

Néanmoins, certaines conditions particulières sont parfois imposées pour l'accès à la fonction publique. Tel est le cas des candidats à l'auditorat, au sein de la magistrature judiciaire, qui doivent « être de bonne moralité ».¹⁵⁸ Le flou de cette notion pourrait conduire un gouvernement à opposer un refus à des candidats ayant, par exemple, ouvertement critiqué la politique pénale du parti nouvellement arrivé au pouvoir. Le juge administratif exerce cependant un contrôle normal sur cette notion qui permet seulement « à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état »¹⁵⁹, c'est-à-dire l'honneur, la dignité, la délicatesse, la réserve et la discrétion.

155. Restoring accountability to policy-influencing, préc.

156. CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, Barel, Lebon ; CE, 10 avril 2009, n° 311888, El Habboudi, Lebon.

157. CE, ass., 30 oct. 2009, Perreux, n° 298348, Lebon.

158. Art. 16, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

159. CE, 16 septembre 2025, n° 498600, Lebon T.

Plus largement ensuite, toute discrimination, notamment fondée sur une opinion politique syndicale, philosophique ou religieuse, est interdite durant la carrière.¹⁶⁰ Le profilage des opinions des agents par l'employeur est prohibé. Pour s'en assurer, l'agent peut toujours accéder à son dossier individuel, lequel ne peut, comme d'ailleurs tout document administratif, « faire état des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé » (art. L. 137-2 CGFP).

En second lieu, la liberté d'expression est reconnue à l'agent public. Si elle n'a jamais été consacrée dans les textes, elle figure clairement dans la jurisprudence administrative. Un ministre ne peut ainsi soumettre à son autorisation préalable toute communication des agents avec les médias ou toute publication.¹⁶¹ L'expression de l'agent demeure cependant limitée, dans le service comme hors de celui-ci, par sa qualité professionnelle et les obligations y afférentes.

Un gouvernement qui chercherait à mettre au pas les agents pourrait jouer sur ces obligations, en les majorant, afin de réduire ces libertés à leur plus simple expression. L'obligation d'obéissance comme l'obligation de réserve sont deux obligations présentant des risques de dérive.

Tout d'abord, dans l'exercice de ses fonctions, l'agent public est soumis à une obligation d'obéissance, afin de permettre le bon fonctionnement du service. Il « doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique » (art. L. 121-10 CGFP). Solidement ancré dans les habitus administratifs, ce principe hiérarchique réduit largement l'expression de l'agent dans le service, notamment à l'égard des positions tenues par ses supérieurs. S'il existe bien un devoir de désobéissance de l'agent, la portée de cette soupape de sécurité démocratique est très limitée car l'ordre donné doit être « manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » (art. L. 121-10 CGFP)¹⁶². Un simple ordre illégal doit donc être exécuté ; le refus expose le subordonné à une sanction disciplinaire. Pourtant, obéissance ne doit pas rimer avec allégeance aux supérieurs ou aux gouvernants. Autrement dit, comme le rappelle le conseiller d'État Christian Vigouroux, « parallèlement à sa dépendance hiérarchique, il est demandé [à l'agent] une indépendance d'esprit [...]. La liberté d'expression dans la préparation de la décision [...] n'est pas seulement un droit mais un devoir de l'administrateur ». Cette liberté de parole, utilisée de manière constructive, est en effet utile à la progression du service et à la bonne réalisation de la mission. L'ancien ministre de la fonction publique Anicet Le Pors, estime qu'« un fonctionnaire seulement conforme n'est pas un fonctionnaire complet ».¹⁶⁴ L'administration-employeur pourrait cependant interpréter de manière particulièrement contraignante l'obligation d'obéissance à l'encontre d'agents émettant des opinions professionnelles jugées trop critiques, en ordonnant le prononcé de sanctions systématiques. Le seul garde-fou repose alors sur le contrôle du juge administratif qui pourra censurer une limitation excessive de la liberté de parole professionnelle.¹⁶⁵

Ensuite, en dehors du service, l'agent public retrouve une plus grande liberté d'expression. Elle reste cependant amenuisée par son obligation de réserve. D'origine jurisprudentielle¹⁶⁶, elle n'est pas transcrite dans le code général de la

fonction publique. Cette obligation impose à l'agent de s'exprimer avec retenue et modération sur son administration, sans jeter le discrédit sur celle-ci. Cette obligation ne se confond pas avec l'obligation de neutralité, plus stricte, qui ne s'impose que dans l'exercice des fonctions et interdit à l'agent d'exprimer, de quelques manières que ce soit, ses idées politiques, philosophiques ou encore religieuses dans le service, spécialement à l'égard des usagers.¹⁶⁷

Pour certaines catégories d'agents la portée de la réserve est renforcée et figure parfois dans leur statut. C'est le cas des magistrats judiciaires dont le statut autonome dispose que « toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. L'expression publique des magistrats ne saurait nuire à l'exercice impartial de leurs fonctions ni porter atteinte à l'indépendance de la justice ».¹⁶⁸ Cette obligation renforcée est justifiée par l'impartialité qui s'impose au juge. Elle ne prohibe cependant pas toute prise de position publique. La Cour européenne des droits de l'Homme protège la liberté d'expression des magistrats défendant publiquement sur internet l'indépendance des institutions et le fonctionnement de l'appareil judiciaire national, dès lors que ces questions sont d'intérêt général et dont le public avait un intérêt légitime à être informé.¹⁶⁹

La violation de la réserve est appréciée par le juge de manière circonstanciée, selon un faisceau d'indices portant sur la nature des fonctions et les responsabilités de l'agent (plus le rang hiérarchique est élevé, plus la réserve est imposée), la mise en avant ou non de la qualité d'agent public ; la publicité donnée au propos et le lieu d'expression (réseaux sociaux, journaux, radio-télévision, etc.) ; le contenu et la forme des propos (véhéments, injurieux, outranciers, etc.). A nouveau, un risque de dévoiement existe en transformant la réserve en mutisme, en sanctionnant tout agent prenant position, même de manière mesurée, sur les politiques publiques mises en œuvre par le gouvernement. La réserve n'interdit pourtant pas la diffusion d'une pensée réflexive, produite par les agents eux-mêmes¹⁷⁰, sur l'état des services publics et de la fonction publique. Seul le juge pourra limiter une telle dérive, la jurisprudence reconnaissant un « droit de libre commentaire »¹⁷¹ dès lors que le propos est mesuré, étayé et argumenté et jamais outrancier.

160. Art. L. 131-1 CGFP.

161. CE, 29 déc. 2000, Synd. Sud. Travail, n°213590, Lebon T.

162. Pour une rare illustration positive : CAA Bordeaux, 3 mars 2012, n°11BX01153 : un policier municipal doit légalement refuser l'ordre de travailler en civil à l'occasion des fêtes locales et refuser les instructions selon lesquelles il convenait que les agents, en matière d'infractions au code de la route, ne relèvent que les infractions au stationnement.

163. C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, 2013-2014, Dalloz, n°34, 31 et 34.32.

164. A. Le Pors, Séminaire « Gouverner la fonction publique », Sciences Po, 24 mai 2024.

165. Par ex. CAA Paris 27 mai 2008, n°06BX00727 : un agent peut légitimement mettre en garde un supérieur face à un ordre illégal concernant différentes mesures prises par ce dernier à l'égard de certains agents ou à propos d'une subvention accordée à une association.

166. CE, sect. 11 janv. 1935, Bouzanquet, n°40842, Lebon.

167. Elle est le corollaire de l'obligation d'impartialité (art. 121-1 CGFP) et du respect de l'égalité de traitement des usagers devant le service public.

168. Art. 10, ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

169. CEDH, Gde chbre, 15 déc. 2025, Danilet c. Hongrie, n°16915/21.

170. Des collectifs d'agents publics existent en ce sens : Collectif Nos Services publics ; Le Sens du service public.

171. CE, 1er juin 1994, CHS le Valmont, n°150870, Lebon T.

Enfin, dans certains cas, l'agent a « le devoir de parler ».¹⁷² Il peut notamment dénoncer ce qui lui paraît illégal ou contraire à l'intérêt général, devenant ainsi lanceur d'alerte (art. L. 135-1 CGFP et s. ; art. 6 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique). L'alerte peut, au choix de l'agent¹⁷³, être interne (au sein de son administration, auprès de son supérieur hiérarchique, d'un référent ou de la personne désignée) ou externe (en dehors de son administration, auprès d'une autorité désignée pour recevoir les signalements, du Procureur de la République ou du Défenseur des droits). Le statut de lanceur d'alerte protège l'agent contre le risque de sanction prise à son encontre à raison des dysfonctionnements dénoncés. Elle n'est cependant pas sans risque, car l'administration peut, sur le fondement des obligations de réserve comme d'obéissance, qui ne disparaissent pas malgré l'interdiction de mesures de rétorsion, chercher à sanctionner l'agent. De nouveau, la protection de l'agent passe par un recours juridictionnel qui vérifie que l'employeur établit « que la décision d'infliger est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux dysfonctionnements dénoncés par celui-ci ».

5.4.2. L'AGENT PUBLIC-TRAVAILLEUR : LES RISQUES DE MINORATION DES DROITS

Au titre de ses droits professionnels, la liberté syndicale et le droit de grève de l'agent public bénéficient d'un ancrage constitutionnel, depuis leur consécration dans le Préambule de la Constitution de 1946. Les conditions d'exercice de ces droits relèvent toutefois du législateur et du pouvoir réglementaire.

La liberté syndicale est un droit essentiel car il augure une fonction publique démocratique, c'est-à-dire une institution dans laquelle les agents servent l'administration tout en s'exprimant sur les conditions de mise en œuvre des services publics. Ce droit permet aux agents publics de « librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats » (art. L. 113-1 CGFP). Ces organisations syndicales participent, par différentes instances composées d'agents élus (notamment les conseils sociaux et les commissions administratives), à la détermination des conditions de travail dans la fonction publique. Cette liberté confère également des droits aux représentants syndicaux afin de défendre les intérêts des agents face à l'administration-employeur. Les risques liés à un choc autoritaire reposent ici sur la **diminution, par des modifications législatives (nécessitant donc une majorité parlementaire), des compétences des différentes instances, réduisant la participation des agents**. Les représentants syndicaux, bénéficiant d'une liberté d'expression plus accrue, pourraient également être exposés à des mesures de représailles (avancement, sanction, etc.), en cas de contestations jugées trop velléitaires. Si de telles discriminations sont interdites, leur sanction reste soumise à l'appréciation du juge administratif.

La grève est une cessation concertée du travail des agents afin d'exercer des revendications professionnelles, qui pourrait ainsi être un moyen d'opposition aux réformes d'un gouvernement autoritaire. L'exercice de ce droit est cependant doublement contraint. D'une part, dans les services publics, le principe de continuité des services publics en limite la portée, voire l'écarte

pour certaines catégories d'agents (par exemple, les magistrats, militaires, et policiers). D'autre part, si « les agents publics exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent » (art. L. 114-1 CGFP), il est de jurisprudence constante que le chef de service dispose, en l'absence de réglementation générale, d'un pouvoir réglementaire d'organisation du service. Celui-ci permet donc d'encadrer et de restreindre, au nom de la continuité du service, l'exercice du droit de grève. De fortes limitations, pouvant aller jusqu'aux réquisitions, décidées par un gouvernement autoritaire, seraient donc possibles. De nouveau, la garantie repose sur le juge administratif, qui appréciera si l'équilibre à trouver entre le droit de grève de l'agent et la continuité du service a été ou non respecté.

ATTEINTES AU DROIT SYNDICAL DES AGENTS FÉDÉRAUX AUX ETATS-UNIS

Le président Donald Trump a porté un nouveau coup de boutoir à la fonction publique, par un *executive order* du 27 mars 2025¹⁷⁹, en décidant d'exclure du champ de la négociation collective de larges catégories de fonctionnaires fédéraux (près d'un million) relevant de plus de 30 agences (défense nationale, sécurité aux frontières, relations extérieures, sécurité énergétique, cybersécurité, défense économique, santé publique, prévention des pandémies).

L'*executive order* s'appuie sur une disposition relative à la sécurité nationale contenue dans une loi, le *Civil Service Reform Act* du 13 octobre 1978, rarement utilisée dans la fonction publique. En vertu de cette loi, les syndicats fédéraux ne peuvent négocier que sur un ensemble limité de conditions de travail. L'administration Trump soutient que l'obligation de négocier avec les syndicats sur des questions de performance ou sur les modifications des conditions de travail constitue une menace pour la sécurité nationale, justifiant ainsi la suppression des droits à la négociation collective des agents fédéraux. Cette interprétation extensive, constituant une atteinte délibérée au droit syndical, permet de revenir sur un grand nombre d'accords passés avec les syndicats, et ouvre la voie à la modification unilatérale des conditions de travail des agents fédéraux. Cet *executive order* est une réponse aux syndicats fédéraux contestant les actions de l'administration présidentielle en matière visant à réduire le champ de la fonction publique et les garanties accordées aux agents.

172. C. Vigouroux, « Le devoir de parler », Commentaire, 2010, n°129.

173. CE, 20 févr. 2026, n°496533, inédit.

174. Art. L. 135-4 CGFP.

175. CE, 29 déc. 2021, 433838, Lebon. T. : la divulgation publique de l'alerte doit respecter le devoir de réserve

176. CAA Paris 8 oct. 2025, n°24PA02554 : annulation d'un blâme prononcé contre un policier ayant alerté son supérieur de ce que des agents de la compagnie de garde de la zone d'attente étaient les auteurs habituels de mauvais traitements et de propos injurieux et racistes à l'égard de personnes déferées et ayant réitéré les dysfonctionnements relevés à plusieurs reprises auprès de sa hiérarchie.

177. CE, ass., 7 juillet 1950, Dehaene, Lebon.

178. CE, sect., 7 février 1936, 43321, Lebon.

179. Exempts Agencies with National Security Missions from Federal Collective Bargaining Requirements, March 27, 2025

RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 – Réviser la Constitution afin de consacrer le principe du concours pour les emplois participant à l'exercice de fonctions régaliennes.

Recommandation n° 2 – Réviser la Constitution afin de consacrer la soumission des agents publics employés par une personne publique en charge d'un service public administratif à un régime de droit public.

Recommandation n° 3 – Réviser la Constitution afin de consacrer le droit à la protection fonctionnelle des agents publics.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT A MINIMA UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORGANIQUE

Recommandation n° 4 – Modifier le statut autonome des magistrats judiciaires pour supprimer « la bonne moralité » et remplacer cette condition d'accès au corps par l'absence d'incompatibilité avec l'exercice des fonctions des mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire, comme pour les autres agents publics.

Recommandation n° 5 : Modifier le statut autonome des magistrats judiciaires pour inscrire le droit de s'exprimer pour défendre l'Etat de droit

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT A MINIMA UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 6 – Abroger les dispositions du code général de la fonction publique autorisant le primo-recrutement en CDI sur des emplois permanents

Recommandation n° 7 – Fixer, dans le code général de la fonction publique, une liste exhaustive des emplois supérieures à la décision du gouvernement.

Recommandation n° 8 – Modifier les dispositions relatives aux lignes directrices de gestion, pour donner une priorité aux critères de mérite dans l'évaluation des compétences des agents.

Recommandation n° 9 – Inscrire, dans le code général de la fonction publique, le droit à la liberté d'expression des agents publics et son corollaire, l'obligation de réserve.

Recommandation n° 10 – Instaurer l'automatisme de la protection fonctionnelle des agents publics, sur le modèle du dispositif adopté pour les élus.

Recommandation n° 11 – Renforcer les garanties du principe d'égalité dans la procédure de recrutement des agents publics contractuels sur emploi permanent.

06. AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET AUTRES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Hubert Delzangles

Professeur de droit public, Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux

Sébastien Martin

Maître de conférences, habilité à diriger des recherches en droit public, Université de Bordeaux

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

- L'indépendance des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes est, de manière ontologique, assurée, même si l'indépendance reste un objectif qui ne peut jamais être incontestable.
- L'indépendance des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes dépend d'abord des garanties organiques qui touchent au statut et à la nomination de ses membres ainsi qu'à l'exercice de leur mandat.
- L'indépendance des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes dépend également de garanties d'indépendance fonctionnelle relatives à leur budget, aux contrôles auxquels elles sont soumises et à leur responsabilité.
- Malgré tout, certains éléments pourraient être améliorés pour renforcer l'indépendance des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes pour éviter qu'un parti au pouvoir les « capture ».

Avant d'envisager les risques d'une éventuelle prise de contrôle des Autorités administratives indépendantes (AAI) ou des Autorités publiques indépendantes (API ; par simplicité les AAI et les API ne seront pas distinguées dans les propos suivants sauf lorsque la question de la personnalité juridique sera évoquée), il convient de se poser la question de savoir quelle est la teneur de l'indépendance et pourquoi ces entités indépendantes ont été créées.

D'une part, l'indépendance peut se définir comme la condition d'un État, d'un pouvoir, qui ne relève pas d'un

autre. Elle est donc intimement liée au fait que celui-ci dispose de la compétence de sa compétence. Dès lors, les AAI ne peuvent être indépendantes de l'État, mais seulement indépendantes au sein de l'État. En effet, elles ne disposent pas de la compétence de leur compétence, pour la simple raison qu'elles sont, sauf pour le Défenseur des droits, créées par le législateur et peuvent donc disparaître de son propre fait. Ce dernier constat implique aussi une autre évidence : les AAI ne peuvent être strictement indépendantes vis-à-vis du pouvoir législatif.

Ainsi, l'indépendance, au sens juridique du terme, peut donc être envisagée comme la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. Il en résulte que l'indépendance des AAI ne peut se définir de manière précise et incontestable mais uniquement se décrire par rapport aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte. Sa nature même est insaisissable et elle ne peut s'évaluer que par degrés, en rapport à d'autres éléments constitutifs de l'État. Il est donc possible d'être plus ou moins indépendant, mais pas d'être indépendant dans l'absolu.

D'autre part, il est intéressant de noter qu'aux États-Unis, la création d'AAI au début du siècle précédent correspondait à la volonté du Congrès de maintenir certaines autorités à l'abri des pouvoirs du Président. De manière comparable, la justification de la multiplication des *Quasi autonomous non governmental authorities* (Quangos) au Royaume-Uni résidait dans l'idée de maintenir des secteurs sensibles à l'écart de considérations politiques de court terme. En France, on ne retrouve pas officiellement, ni dans la doctrine, ni dans les débats parlementaires, cet objectif de protéger un secteur ou l'organisme de l'influence politique, alors même que le droit européen l'évoque depuis 2009 dans le domaine des secteurs régulés. Néanmoins, certaines

LISTE DES AAI ET API :

AUTORITÉS PUBLIQUES INDÉPENDANTES

- 01.** Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), Code du sport, partie législative, livre II, titre III, chapitre II, section 2.
- 02.** Autorité des marchés financiers (AMF), Code monétaire et financier, partie législative, livre VI, titre II.
- 03.** Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), Articles 3-1 et suivants de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée.
- 04.** Autorité de régulation des transports (ART), Article L 1261-1 du code des transports.
- 05.** Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C), Code de commerce, partie législative, livre VIII, titre II, chapitre Ier.
- 06.** Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES), Code de la recherche, partie législative, livre Ier, titre Ier, chapitre IV, section 2.
- 07.** Haute autorité de santé (HAS), Code de la sécurité sociale, partie législative, livre 1, titre 6, chapitre 1 bis.
- 08.** Médiateur national de l'énergie, Code de l'énergie, partie législative, livre Ier, titre II, chapitre II.

AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

- 09.** Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA), Code des transports, partie législative, sixième partie, livre III, titre VI, chapitre Ier.
- 10.** Autorité de la concurrence, Code de commerce, partie législative, livre IV, titre VI.
- 11.** Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), Code des postes et des communications électroniques, partie législative, livre III, titre II, articles L 130 et suivants.
- 12.** Autorité nationale des jeux, Articles 34 et suivants de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 modifiée.

- 13.** Autorité de sûreté nucléaire (ASN), Code de l'environnement, partie législative, livre V, titre IX, chapitre II.
- 14.** Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN), Articles 4 et suivants de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 modifiée.
- 15.** Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), Code des relations entre le public et l'administration, livre III, titre IV.
- 16.** Commission de régulation de l'énergie (CRE), Code de l'énergie, partie législative, livre Ier, titre III.
- 17.** Commission du secret de la défense nationale (CSDN), Code de la défense, partie législative, partie 2, livre III, titre Ier, chapitre II.
- 18.** Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), Code de la sécurité intérieure, partie législative, livre VIII, titre III.
- 19.** Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Titre Ier, chapitre II de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée.
- 20.** Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), Code électoral, partie législative, livre I, titre Ier, chapitre V bis, articles L 52-14 et suivants du code électoral.
- 21.** Commission nationale du débat public (CNDP), Code de l'environnement, partie législative, livre Ier, titre II, chapitre Ier.
- 22.** Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 modifiée.
- 23.** Défenseur des droits, Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 modifiée.
- 24.** Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), Chapitre Ier, section 4 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 modifiée.

AAI ont été créées car la formule semblait être la plus efficace pour garantir l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit fondamental. Ainsi, le Conseil Constitutionnel a pu considérer que « la désignation d'une autorité administrative indépendante du gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication [...] constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ».¹⁸⁰

Même si d'autres AAI ont simplement été créées pour réguler certains secteurs, autrement dit pour permettre une ouverture à la concurrence, puis la maintenir, l'importance des pouvoirs qui leur sont conférés impose que ces organismes puissent bénéficier de garanties contre la capture par le secteur régulé ou par l'exécutif souvent interventionniste. A ce titre, dans le rapport

de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404, intitulé « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », rédigé par M. Patrice Gélard et déposé le 15 juin 2006, le sénateur affirme que « Les autorités administratives indépendantes sont en rupture avec l'organisation traditionnelle de l'État, non seulement parce qu'elles échappent au contrôle du Gouvernement, mais aussi parce qu'elles peuvent cumuler tous les pouvoirs : le pouvoir normatif, le pouvoir d'application et le pouvoir juridictionnel (sanction des manquements) ». Le Conseil d'État, dans son rapport public publié en 2001 intitulé « Réflexions sur les autorités administratives

180. CC 84-173 DC, 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du réseau public sur un réseau câblé.

indépendantes »¹⁸¹, précise : « Conséquence nécessaire de la diversité des missions qui sont confiées aux autorités administratives indépendantes, les pouvoirs dont celles-ci sont dotés sont très hétérogènes dans leur nature et leur étendue. Ces pouvoirs vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de sanction, en passant par l'édition de mesures réglementaires, le pouvoir d'autorisation, d'investigation, d'injonction. Certaines autorités administratives indépendantes ne sont dotées que de l'un de ces pouvoirs ; d'autres, le plus souvent celles chargées d'une mission de régulation, bénéficient d'une gamme plus ou moins étendue de ces pouvoirs ».

Pour ces AAI, et en particulier pour celles exerçant une mission de régulation, le facteur essentiel de l'indépendance tient à l'impartialité. En effet, le pouvoir exécutif étant détenteur d'intérêts sur le secteur régulé, il est en situation de conflit d'intérêts et ne peut être l'arbitre du jeu économique sans méconnaître le principe d'impartialité de l'action publique. La fonction de régulation devait donc être confiée à une AAI, dont l'indépendance organique garantit l'impartialité au moins objective. Le Conseil d'État souligne ces éléments dans son rapport public de 2001 lorsqu'il énumère les justifications avancées pour la création des AAI existantes : « garanties renforcées d'impartialité, de professionnalisme et d'efficacité de l'action de l'État. En arrière-plan, l'aspiration à une action publique plus attentive aux besoins de médiation et de transparence ».

6.1 STATUT DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Le statut des AAI, qu'il soit législatif, transposé du droit de l'Union européenne ou constitutionnel peut être une garantie de leur indépendance mais aussi les prémunir d'une disparition abusivement voulue par le pouvoir exécutif. Les AAI, en France, sauf pour le Défenseur des droits qui dispose d'une protection renforcée grâce à son statut constitutionnel, sont créées et encadrées par le législateur. Certaines voient aussi leur existence protégée par le droit de l'Union européenne.

Avant l'adoption des textes de 2017 il était possible d'expliquer le caractère législatif des AAI et des API par leurs fonctions et leurs pouvoirs particuliers. En effet, il y avait souvent un rapport direct entre la mission dont étaient chargées les AAI et le domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution. De même, dotées généralement d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de sanction, leur statut législatif s'imposait, ce qu'a confirmé le Conseil Constitutionnel.¹⁸⁴ Aujourd'hui, l'article 1er de la loi organique de 2017 précise que « Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi ».

Le statut législatif a ses avantages mais aussi ses inconvénients. D'une part, la souplesse du statut permet à l'AAI de voir ses pouvoirs et ses compétences évoluer au gré de considérations conjoncturelles. Par exemple, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) a obtenu avec l'ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016 et le

Ces institutions administratives particulières, apparues à partir de 1978 avec la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ont été créées, en France, sans aucune homogénéité. Chaque texte instituant une AAI adaptait l'organisation de l'autorité en fonction des nécessités constatées. Face à l'hétérogénéité de ces entités et leur nombre croissant, le législateur, par l'adoption d'une loi organique¹⁸² et d'une loi ordinaire¹⁸³, est venu poser un cadre pour les AAI et les API. Avec cette démarche, qui concerne 24 autorités indépendantes aujourd'hui, le statut général est désormais commun mais des spécificités perdurent et dépendent des textes sectoriels qui les ont instituées.

Le fait même que l'on puisse confier des missions, qui relèvent originellement du pouvoir exécutif, à des autorités indépendantes de celui-ci, doit être analysé comme un véritable rempart à une éventuelle mainmise que pourrait souhaiter imposer un parti au pouvoir sur les secteurs concernés. Il ne faut néanmoins pas qu'il soit possible d'annihiler l'indépendance de ces organismes. Pour l'assurer, le législateur français a posé de multiples garanties organiques qui concernent le statut (6.1), la nomination de ses membres (6.2) et l'exercice de leur mandat (6.3). Des garanties d'indépendance fonctionnelle sont aussi prévues à travers leur budget (6.4), les contrôles auxquels elles sont soumises (6.5) et leur responsabilité (6.6).

décret de mise en œuvre n° 2019-190 du 14 mars 2019 des pouvoirs de sanctions adaptés, faisant suite à une requête de longue date de la part de l'Autorité en cause. De même, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a été fusionné avec la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet au sein de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique afin de renforcer la lutte contre la contrefaçon sur internet par la loi n° 2021-1381 du 25 octobre 2021. En outre, il est possible de considérer que la création par le biais d'un acte législatif implique la dilution du caractère instrumental de ce type d'entités par rapport au gouvernement. D'autre part, le statut législatif emporte avec lui certaines conséquences qui peuvent sembler négatives. Parallélisme des formes oblige, le pouvoir qui l'a créé peut tout aussi bien décider de leur disparition. **Pour cela, il suffit d'un instrument législatif, moyennant donc une majorité parlementaire.** Le Conseil Constitutionnel a confirmé cette solution dans une décision relative à la loi remplaçant la Haute autorité pour la communication audiovisuelle par la Commission nationale communications et libertés.¹⁸⁵ Il considère à ce

181. Conseil d'État, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes » Études et Documents, n° 52, La Documentation française.

182. Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

183. Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

184. CC 84-173 DC, précité.

185. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

propos qu'« il est loisible au législateur de modifier des textes législatifs antérieurs ou d'abroger ceux-ci dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». On ajoutera que le Parlement peut habiliter le Gouvernement à agir par ordonnance pour abroger une loi. L'éventualité qu'un parti au pouvoir puisse supprimer une autorité indépendante est tout à fait envisageable. **S'il faudra respecter une procédure stricte et avoir le soutien, à tout le moins, de la majorité des députés, les périodes d'instabilité politique sont propices à ces reculs démocratiques.**

LA DISPARITION DE CERTAINES AAI SOUS COUVERT D'ÉCONOMIES FINANCIÈRES :

La proposition de loi visant à reprendre le contrôle et lutter contre l'agencification de l'État, n° 2083, déposée le mardi 18 novembre 2025, par la députée Anne-Laure Blin est motivée par « des dépenses publiques [qui] ne cessent d'augmenter sans que cela ne se traduise par une amélioration nette des services rendus ni de l'efficacité de l'État ». Le « maillage d'opérateurs et d'AAI, devenu hors de contrôle, fragilise la démocratie elle-même. Il engendre des décisions déconnectées du terrain, élaborées dans les bureaux de la Capitale, mais qui pèsent lourdement sur le quotidien des Français et les finances publiques ». Dès lors, cette proposition de loi vise la suppression de plusieurs AAI en développant un exposé des motifs alarmant : « Les opérateurs publics et les autorités administratives indépendantes (AAI), proliférant dans le paysage administratif, ont vu leurs crédits alloués fortement augmenter, contribuant à une logique technocratique qui a progressivement supplanté la légitimité politique issue des suffrages. Ce maillage d'opérateurs et d'AAI, devenu hors de contrôle, fragilise la démocratie elle-même. Il engendre des décisions déconnectées du terrain, élaborées dans les bureaux de la Capitale, mais qui pèsent lourdement sur le quotidien des Français et les finances publiques ». La proposition envisage donc la suppression notamment de la Commission nationale du débat public (CNDP), la Haute autorité de santé, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) et de rediriger les missions de l'Agence nationale des fréquences (ANFr) à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep). La proposition de suppression de la CNDP, par exemple, est le résultat d'une longue série d'atteintes successives à l'AAI chargée d'une partie de la participation du public aux décisions susceptible de porter atteinte à l'environnement reconnue par l'article 7 de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Cette AAI, garante de la démocratie environnementale, a déjà vu son champ de compétences diminué (Décret n° 2026-146 du 2 mars 2026 portant modification du régime relatif à l'évaluation environnementale et aux critères de saisine de la Commission nationale du débat public) et son existence remise en cause (Proposition de loi visant à supprimer la Commission nationale du débat public, n° 510, déposée le mardi 29 octobre 2024).

Dès lors, pour ancrer de façon pérenne une AAI dans le paysage institutionnel, la solution constitutionnelle s'impose. En France, seul le Défenseur des droits dispose de ce statut, prévu par l'article 71-1 de la Constitution. Le rapport de Madame la Députée Cécile Muschotti présenté au Premier Ministre en 2021 intitulé « Création d'un défenseur de l'environnement et des générations futures » propose d'ailleurs, au-delà de l'option de la création d'une AAI bénéficiant d'un statut légal, une autre solution qui serait celle de conférer au Défenseur des droits une nouvelle compétence visant à la protection de l'environnement et des générations futures. L'attrait pour la stabilité du rattachement constitutionnel est ici manifeste. On doit néanmoins, ici aussi, relever qu'il est possible d'envisager la suppression de cette autorité indépendante. Bien évidemment la procédure à suivre est encore plus stricte, cependant, le pouvoir constituant dérivé peut tout à fait réviser la Constitution. Reste que pour ce faire, le Gouvernement ne pourra pas compter sur le seul soutien de la majorité des députés mais devra compter, pour l'adoption définitive d'une telle révision, soit sur la majorité des électeurs, soit sur la majorité des 3/5 de l'ensemble des parlementaires.

Pour autant, le Défenseur des droits n'est pas la seule Autorité indépendante bénéficiant d'une certaine stabilité. En effet, le droit de l'Union européenne permet de garantir que certaines autorités administratives bénéficiant de fortes garanties d'indépendances soient créées et ensuite maintenues dans les États membres. Il en va ainsi notamment pour l'ASN, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) ou pour la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Par exemple, pour la dernière, le législateur européen prévoit dans l'article 39 de la directive 2009/73 que « Les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, les États membres veillent à ce que (...) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée [et que] l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique ».¹⁸⁶ Toute atteinte nationale à l'indépendance des autorités de régulation protégée par le droit de l'Union européenne implique une méconnaissance de ce dernier, autrement dit une inconventionnalité et pourrait entraîner, le cas échéant, une condamnation pour manquement de la part de la Cour de justice. La protection offerte par le droit de l'Union européenne pour contrer toute tentative de « capture » d'une autorité de régulation demeure cependant faible, si ce n'est illusoire, au regard de ce qui s'est passé en Hongrie en 2012 lorsque M. Orbán décida de prendre le contrôle de l'autorité de contrôle de la protection des données. La condamnation pour manquement de la part de la Cour de justice n'empêcha nullement M. Orbán d'arriver à ses fins.

186. V. plus récemment l'art. 57 de la Directive (UE) 2019/944 du parlement européen et du conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE.

PRISE DE CONTRÔLE D'UN RÉGULATEUR INDÉPENDANT EN VIOLATION FLAGRANTE DU DROIT DE L'UE : L'« EXEMPLE » HONGROIS

Afin de prendre le contrôle de l'autorité de contrôle de la protection des données, la coalition menée par Orbán décida de rapidement mettre en place une nouvelle Agence nationale pour la protection des données, qui remplace l'ancien Commissariat à la protection des données depuis le 1er janvier 2012, mettant prématurément fin au mandat du commissaire chargé de la protection des données, qui avait été nommé en 2008 pour six ans, sans qu'aucune mesure de transition n'ait été prévue en attendant la fin de ce mandat, en 2014. Comme la souligna alors la Commission européenne, « les nouvelles règles permettent aussi au premier ministre et au président de récuser arbitrairement la nouvelle autorité de surveillance ».¹⁸⁷ En dépit d'un jugement contraire de la Cour de la justice, M. Orbán parvint à ses fins :

« Le 29 septembre 2008, M. András Jóri avait été nommé commissaire à la protection des données pour un mandat de six ans. Or, à compter du 1er janvier 2012, le Parlement hongrois a décidé de réformer le régime de protection des données et de remplacer le commissaire par une autorité nationale chargée de la protection des données et de la liberté de l'information. M. Jóri a dû renoncer à son mandat avant qu'il ne soit arrivé à échéance. Le 8 avril 2014, la Cour de justice a estimé que l'indé-

pendance des autorités de contrôle incluait nécessairement l'obligation de respecter la durée de leur mandat jusqu'à son terme initialement prévu et que la Hongrie avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil. La Hongrie a modifié les règles relatives à la nomination du commissaire, présenté des excuses et versé la somme convenue à titre d'indemnisation. »¹⁸⁸

La situation ne s'est guère améliorée depuis. Dans son dernier rapport sur l'État de droit consacré à la Hongrie, publié le 8 juillet 2025, la Commission a continué de faire part de ses préoccupations en ce qui concerne l'absence de garanties procédurales et de contrôle effectif en cas de mesures de surveillance secrète en dehors des procédures pénales. Par ailleurs, dans ses conclusions présentées le 12 février 2026 sur l'affaire C-829/24, *Commission c/ Hongrie (Protection contre l'ingérence politique étrangère)*, l'avocate générale Kokott a pu considérer que la loi sur la protection de la souveraineté nationale, qui autorise un nouveau « bureau de protection de la souveraineté » à procéder à un traitement de données à caractère personnel, ne respecte ni les dispositions du RGPD, ni les droits fondamentaux garantis par la Charte.

6.2 NOMINATION DES MEMBRES DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

La désignation des membres des autorités de régulation traduit le degré d'indépendance, non seulement au regard de l'organe chargé, par le législateur, de les désigner, mais aussi en fonction des qualités requises pour les personnes susceptibles d'être nommées.

Les autorités administratives indépendantes françaises sont dotées d'un collège (sauf pour le Défenseur des droits et le Médiateur de l'énergie), dont le mode de nomination des membres diffère. La collégialité, conjuguée avec la diversité des pouvoirs susceptibles de nommer les membres des AAI, est une garantie d'indépendance dans le sens où elle implique un certain pluralisme des idées, en intégrant un maximum de courants de pensée. Cette collégialité rend aussi plus difficile la capture du régulateur par le secteur régulé ou le pouvoir exécutif puisqu'il est beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne. Ainsi, le nombre de membres est actuellement compris, en France, entre cinq (par exemple la Commission du secret de la défense nationale) et vingt-cinq membres (Commission nationale du débat public, CNDP), pour trouver un juste milieu entre le pluralisme et l'efficacité dans la prise de décisions. Sauf pour les autorités

où la collégialité n'est pas prévue, le pouvoir exécutif n'est jamais le seul à nommer les membres des AAI.

Le mode de nomination des membres des AAI implique automatiquement un paradoxe évident : d'un côté, la personne nommée va bénéficier de l'autorité politique ou morale de celui qui l'a nommée alors que, de l'autre, elle doit affirmer son indépendance par rapport à cet organe qui est en charge de sa nomination. La résolution de ce paradoxe ne trouve d'issue que dans la diversification des personnes en charge de la nomination. Reste que la méthode la plus répandue en France est la nomination confiée aux autorités politiques telles que le Président de la République (ou d'autres autorités représentantes du pouvoir exécutif) et les Présidents des chambres parlementaires. Un risque de capture existe donc bien car l'articulation du nombre de membres des AAI avec les autorités en charge de leur nomination va déterminer un degré plus ou moins élevé d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif.

187. Commission européenne, Communiqué de presse IP/12/24, 17 janvier 2012.

188. Parlement européen, proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), 12 septembre 2018, para. 18.

ENTRAVES À L'INDÉPENDANCE DES RÉGULATEURS DES MÉDIAS : ÉTAT DES LIEUX SELON LA COMMISSION EUROPÉENNE¹⁸⁹

« Les autorités nationales de régulation des médias jouent un rôle essentiel dans la défense du pluralisme des médias lorsqu'elles sont fonctionnellement et véritablement indépendantes et exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente, avec des ressources suffisantes. Tous les États membres disposent d'une législation précisant les attributions et les garanties d'indépendance des autorités de régulation des médias. Tant la directive « Services de médias audiovisuels » (directive SMA) que le cadre européen sur la liberté des médias [Directive 2018/1808 du 14 novembre 2018 et règlement (UE) 2024/1083 du 11 avril 2024] prévoient un ensemble d'exigences pour les autorités de régulation des médias : indépendance par rapport aux pouvoirs publics, impartialité, transparence, obligation de rendre des comptes, ressources adéquates, procédures de nomination et de renvoi et mécanismes de recours efficaces.

Depuis le rapport 2024 sur l'État de droit, les missions et les compétences de plusieurs autorités nationales de régulation des médias ont été élargies et étendues, en raison notamment de l'adoption du règlement de l'UE sur les services numériques (...).

Des préoccupations persistent dans plusieurs États membres quant à l'indépendance ou à l'impartialité des autorités de régulation, y compris l'absence de garde-fous suffisants contre l'influence politique induite sur le processus de nomination ou sur le fonctionnement des autorités de régulation, comme la Hongrie, la Slovaquie, la Croatie, la Bulgarie et la Pologne (...). En Grèce, des mesures supplémentaires ont été prises pour accroître les ressources, mais l'adéquation de ces mesures pour permettre à l'autorité de s'acquitter de ses tâches doit encore être pleinement évaluée. (...) En Serbie, l'autorité de régulation des médias n'exerce pas pleinement son mandat visant à préserver le pluralisme des médias et les normes professionnelles, et son indépendance suscite de vives inquiétudes, tandis qu'en Albanie, des questions se posent en raison de l'affiliation politique et des conflits d'intérêts perçus de l'autorité de régulation ».

gie a, elle aussi, entre 2000 et 2010 comporté un ou plusieurs membres nommés par le Conseil économique, social et environnemental, ce qui lui a conféré une certaine autorité morale socioprofessionnelle répercutée dans la composition de l'AAI. Cette solution serait intéressante pour éviter la capture des membres par le pouvoir politique à condition d'envisager que la nomination de certains membres par le secteur n'aboutisse pas à la capture de l'AAI par ce dernier. À ce titre, une garantie pourrait être donnée aussi en donnant à la société civile ou aux organisations représentatives un pouvoir de proposition des personnalités comme c'est le cas pour la CNDP.

La France, comme la majorité des États membres de l'UE, a choisi de désigner des personnes qualifiées dans le secteur surveillé en tant que commissaires. D'autres États comme les États-Unis ont plutôt favorisé la solution d'une composition politique des AAI. Les membres des AAI dans l'hexagone assurent donc leur indépendance, non pas par une représentativité politique égalitaire, mais grâce à des compétences techniques qui les placent, en théorie, au-dessus de tout soupçon. En ce sens, la compétence permet de se prémunir contre le phénomène de « capture », autant par le secteur surveillé que par le gouvernement. Néanmoins, un juste équilibre entre spécialisation technique et hétérogénéité dans la composition des collèges de régulateurs doit être trouvé. Certains textes sectoriels ont ainsi imposé aux organes en charge de la nomination des membres des AAI le choix de personnes qualifiées (ARCEP et CRE par exemple). Mais cette solution implique aussi quelques écueils à éviter : face à la difficulté de recruter des spécialistes d'un même secteur, notamment les secteurs récemment régulés, il ne faut pas tomber dans une recherche de spécialisation trop poussée des commissaires, afin d'éviter toute forme de corporatisme.

Pour garantir la qualification des commissaires choisis, le Parlement dispose d'un pouvoir de contrôle étendu sur les commissaires nommés par le Président de la République (les présidents des AAI le plus souvent). La procédure prévue à l'article 13 de la Constitution précise que « le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». S'il ne s'agit pas d'un contrôle contentieux, le contrôle démocratique est ici effectif et offre une garantie contre les excès du pouvoir de nomination par l'exécutif.¹⁹⁰

189. Commission européenne, Rapport 2025 sur l'État de droit, p. 24.

190. À propos des « Médiateurs, institutions nationales de défense des droits de l'homme, organismes chargés des questions d'égalité et autres autorités indépendantes », la Commission européenne précise que : « Les procédures de nomination des responsables à la tête des autorités indépendantes se sont révélées particulièrement problématiques. Il y a encore des retards en matière de nominations en Bulgarie et en Autriche, et en Slovaquie, des modifications législatives ont renforcé le pouvoir du gouvernement de nommer et de destituer les responsables à la tête de certains organismes indépendants. (...) En Grèce, si des mesures ont été prises pour améliorer le régime salarial, les autorités indépendantes sont confrontées à des difficultés qui pourraient compromettre leur statut et leur capacité à s'acquitter efficacement de leurs tâches. En revanche, en Pologne, la recommandation concernant la Cour des comptes a été pleinement mise en œuvre : les membres de son collège ont été nommés, et ses conclusions ont fait l'objet d'un suivi adéquat ». Commission européenne, Rapport 2024 sur l'état de droit, p. 38.

Une autre méthode pourrait être généralisée pour pallier ce risque. Il s'agirait de diluer le pouvoir de nomination entre les pouvoirs exécutif et législatif et de laisser au secteur concerné ou à la société civile la possibilité de nommer une partie du collège de l'AAI. Par exemple, deux membres de la CNIL sont élus par le Conseil économique, social et environnemental, organe dont les membres sont désignés par les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...). La Commission de régulation de l'éner-

L'EXPERTISE TECHNIQUE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES : LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA SÛRETÉ NUCLÉAIRE EN FRANCE

L'Autorité de sûreté nucléaire, autorité administrative indépendante chargée de participer au contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection ainsi qu'à l'information du public, a été créée en France par la loi n° 2006-686, du 13 juin 2006, relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire. L'ASN disposait, par convention, de l'appui technique de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN). Dans les faits, l'IRSN était un centre d'expertise détaché de toute activité d'exploitation, mais constitué sous la forme d'un établissement public industriel et commercial, placé sous la tutelle conjointe de nombreux ministères (décret n° 2002-254, du 22 février 2002, relatif à l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire). L'IRSN était chargée en substance de la recherche et des expertises techniques sur la base desquelles l'ASN prenait une partie de ses décisions. Cette situation pouvait engendrer un sérieux risque de capture de l'AAI par les pouvoirs publics, puisque, pour exercer les compétences qui étaient les siennes, l'AAI avait recours aux services d'un organe sous la tutelle du pouvoir exécutif. Dès lors, les garanties de l'indépendance n'étaient théoriquement plus réunies lorsqu'il s'agissait de ces opérations techniques.

En février 2023, le gouvernement a annoncé sa volonté d'intégrer l'IRSN dans l'ASN. Les différentes activités devaient être réparties entre l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) pour ce qui est de l'expertise, le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) pour la recherche et le Délégué à la sûreté nucléaire et à la radioprotection pour les activités et installations intéressant la Défense

(DSND) pour ses missions relatives au nucléaire militaire. Un mouvement de contestation est né au sein de l'IRSN, reprochant à ce projet de remettre en cause un système dual permettant à l'expert de travailler en toute liberté sur la base d'éléments techniques et scientifiques, sans subir le poids de la décision à prendre ensuite. Mais l'ASN a aussi reproché à l'IRSN, qui n'était pas sous son autorité directe, une certaine autonomie de réflexion et certaines prises de position anticipées sur la sûreté nucléaire, autrement dit une forme de liberté d'expression scientifique vis-à-vis de la sûreté nucléaire.

La question est donc posée : l'expertise technique et scientifique doit-elle être intégrée au sein de l'AAI. D'un côté, cela pourrait lui donner une plus grande indépendance, si l'AAI est elle aussi très indépendante et ne prend pas en compte les éléments politiques avant de prendre sa décision. D'un autre, et c'est bien là la critique adressée à ce projet, l'intégration de l'expertise au sein de l'AAI, pour des raisons de rapidité des prises de position et de rationalisation comme d'unicité du discours, peut faire courir le risque d'une détérioration de l'analyse scientifique et de l'expertise.

En tout état de cause, la loi n° 2024-450 du 21 mai 2024 relative à l'organisation de la gouvernance de la sûreté nucléaire et de la radioprotection pour répondre au défi de la relance de la filière nucléaire a procédé à cette fusion et l'avenir nous dira quelles en seront les conséquences réelles.

6.3 MANDAT DES MEMBRES DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Pour donner une certaine indépendance statutaire aux commissaires, l'élément primordial reste l'affirmation de l'irrévocabilité qui est établie par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Affirmons tout de suite que le législateur, moyennant donc une majorité parlementaire, peut « sans méconnaître aucune règle, non plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle, décider de mettre fin au mandat des membres de la Haute autorité », comme le précise le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-217 DC. Par ailleurs, certains tempéraments légitimes à l'irrévocabilité sont aussi prévus. Il s'agit de clauses particulières qui prévoient la révocation ou la démission d'office pour des motifs objectifs (incapacité définitive), soit pour manquement grave à ses obligations légales. L'article 6 de la loi de 2017 encadre la procédure afin d'éviter d'éventuels abus (« Il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège que dans les formes prévues pour sa nomination soit en cas de démission, soit, sur proposition du pré-

sident ou d'un tiers des membres du collège, après délibération, à la majorité des trois quarts des autres membres du collège que l'intéressé, constatant un manquement grave à ses obligations légales ou une incapacité définitive empêchant la poursuite de son mandat. Cette délibération ne peut intervenir qu'après que l'intéressé a été en mesure de produire ses observations dans un délai qui ne peut être inférieur à une semaine »).

Au-delà de l'irrévocabilité, les garanties d'indépendance peuvent porter sur les caractères du mandat, autrement dit sa durée, son renouvellement, ou son cumul avec d'autres activités. Un mandat long, non renouvelable, et ne permettant aucun cumul avec d'autres activités, présentes ou futures, est la meilleure garantie pour l'indépendance, privant les autorités politiques en charge des nominations de moyens de pression.

Selon l'article 5 de la loi de 2017, « la durée du mandat des membres d'une autorité administrative indépendante ou

d'une autorité publique indépendante est comprise entre trois et six ans ». Mais la durée du mandat n'a d'intérêt que si elle est évaluée en fonction de sa périodicité de renouvellement et comparée avec les mandats des personnes en charge des nominations. En outre, l'indépendance se juge aussi par rapport à la maîtrise de l'objet sur lequel porte l'action des AAI. Ainsi, il faut un temps suffisant pour que s'opère un tel apprentissage, d'autant plus lorsque les personnes nommées ne sont pas des experts du secteur en son entier. Enfin, deux techniques de nomination peuvent se dégager : dans certains cas le législateur a pu opter pour un renouvellement du corps entier des commissaires, dans d'autres un renouvellement partiel des membres des AAI est mis en place (ARCEP, CSA, ARAFER, par exemple) afin notamment de préserver la mémoire de l'Autorité. On peut aussi penser que cela peut limiter les possibilités de capture du régulateur dans la mesure où les « anciens » seront à même d'initier les « nouveaux » à la culture de la régulation indépendante.

Le caractère non renouvelable du mandat est un important facteur d'indépendance des membres des AAI. En effet, les commissaires se voient d'autant plus libres et indépendants dans leur prise de décision qu'ils savent, à l'avance, que leur mandat n'est pas renouvelable. N'ayant pas de perspectives de carrière, ils n'en sont que plus affranchis. Le législateur français a principalement opté pour un renouvellement unique comme le démontre l'article 7 de la loi de 2017. On ne peut que donc constater que cette solution peut être une arme redoutable de pression entre les mains du pouvoir en charge de nommer les commissaires. Pour autant, certaines AAI fonctionnent sur le modèle du non renouvellement des membres. Il en va ainsi, par exemple, de la CRE.¹⁹¹ Cette stabilité à durée déterminée a aussi les faveurs du Conseil Constitutionnel français. En effet, les auteurs de la saisine contre la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier alléguaient que l'indépendance des membres de

la COB, devenue l'Autorité des marchés financiers, n'était pas assurée par leur statut. A cela, le Conseil Constitutionnel répondit que la nomination du président, par décret en conseil des ministres pour une durée de six ans non renouvelable, garantit « l'indépendance et l'autorité du président ».¹⁹²

Les incompatibilités avec d'autres mandats sont aussi prévues par le législateur. Quatre types d'incompatibilités peuvent être référencés. Il s'agit des incompatibilités avec d'autres mandats, notamment électifs, avec des fonctions annexes (interdiction d'exercer une activité professionnelle ou un emploi public lorsque le mandat est un temps plein) et l'interdiction d'avoir des activités de direction dans une entreprise qui a fait l'objet d'une vérification ou d'un contrôle auquel il a participé au cours des deux années précédentes (art. 10 et 12 de la loi de 2017). Le dernier type d'incompatibilités anticipe sur l'avenir du commissaire. Il s'agit d'une exigence d'incompatibilité avec des fonctions futures. L'objectif avoué est d'éviter ce que l'on appelle le « pantouflage » des commissaires : comportement selon lequel un membre du collège pourrait favoriser une entreprise ou un intérêt de l'administration dans l'idée de s'assurer un poste au terme de son mandat de régulateur. Les conditions de reconversion à la fin du mandat ont longtemps été inexistantes dans les textes législatifs français, sauf dispositions précisées dans le règlement intérieur. Désormais, il est prévu dans les lois sectorielles, et non dans le statut général, un système d'incompatibilités avec les fonctions futures. Pour la CRE, l'article L 132-2 du Code de l'énergie précise par exemple que : « Le président et les autres membres du collège ne peuvent, sous peine de l'application des sanctions prévues à l'article 432-13 du code pénal, prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises [du secteur régulé] avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leurs fonctions ».

6.4 BUDGET

L'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes implique de disposer d'une réelle autonomie de gestion matérielle et financière ainsi que des moyens financiers, mais aussi humains, suffisants. L'autonomie de gestion financière leur est réellement garantie par le principe selon lequel c'est le président de l'autorité qui est l'ordonnateur des dépenses et par l'absence du contrôle financier préalable instauré par la loi du 10 août 1922.

Néanmoins, une double vulnérabilité peut être envisagée concernant la détermination (l'origine et leur importance) des moyens financiers qui pourrait être exploitée par l'exécutif.

Concernant l'origine des ressources, deux situations coexistent. Certaines autorités sont financées exclusivement sur crédits budgétaires. D'autres, en revanche, bénéficient de ressources propres. Lorsqu'elles reçoivent une dotation annuelle, inscrite au budget du Premier ministre ou d'un ministère, il est facile d'envisager l'influence que l'exé-

cutif pourrait faire peser sur l'autorité. En effet, les AAI ou API concernées se doivent de négocier chaque année leur budget avec les services ministériels. En revanche, on peut noter que les crédits octroyés sont exécutés sous la seule responsabilité du dirigeant de l'autorité indépendante.

Concernant l'importance des moyens financiers mis à disposition des AAI, l'attribution de ressources limitées peut nuire à leur action. Un budget trop juste peut, par exemple, ne pas leur permettre de recruter les personnels suffisants et donc les empêcher de remplir pleinement l'ensemble des missions qui leur sont confiées.¹⁹³

191. Art. L. 132-2 du code de l'énergie.

192. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

193. La gestion financière des AAI est très contrôlée. En effet, en application de l'article 179 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, « Le Gouvernement présente sous forme d'annexes générales au projet de loi de finances de l'année prévues au 7° de l'article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances [...] un rapport sur la gestion des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ».

A titre de remarque, on observera que l'octroi de la personnalité morale ne change rien à cette problématique. En effet, les API ont la possibilité pour se consti-

tuer un patrimoine propre sans pour autant se voir nécessairement confiées de ressources propres par le législateur.

6.5 CONTRÔLES EXTERNES

Les contrôles qui peuvent peser sur les AAI et qui peuvent créer des risques pour leur indépendance sont de trois ordres : provenant de l'exécutif (6.5.1), du Parlement (6.5.2) et du juge (6.5.3). Si certaines peuvent constituer des vulnérabilités, d'autres, au contraire, sont plus que légitimes.

6.5.1 LE RÔLE DE L'EXÉCUTIF

L'indépendance des AAI n'a jamais empêché la présence d'un commissaire du Gouvernement en leur sein, pour certaines d'entre elles. Comme le note le rapport d'information n° 4020 du 1er décembre 2011 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes, « La présence d'un commissaire du Gouvernement dans chaque AAI répond au souci de permettre l'unité de l'action publique de l'État, pour éviter les excès des démembrements. Il s'agit de prévoir la présence d'un représentant du Gouvernement au sein des collèges, sans voix décisionnelle, afin de permettre une information réciproque de la position des uns et des autres ». Les pouvoirs du commissaire du Gouvernement sont donc limités ce qui, par conséquent, neutralise les risques pour l'indépendance des autorités et, par là-même, les risques de capture par l'exécutif. En effet, s'il assiste aux séances, il ne peut que présenter des observations, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour ou, éventuellement, sauf en matière de sanctions, une seconde délibération au collège de l'autorité.

6.5.2 LE RÔLE DU PARLEMENT

L'article 22 de la Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dispose qu'« à la demande des commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat, toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante rend compte annuellement de son activité devant elles ». On peut noter également que le Parlement dispose, à travers les commissions parlementaires compétentes, de pouvoirs pour auditionner le Président de l'autorité.

Il est tout à fait justifié que les AAI et API, malgré leur indépendance, soient soumises à un contrôle de la représentation nationale. Reste à déterminer véritablement l'impact de ces mesures. On notera tout de même que dans ce cadre les auditions du Président sont publiques, et notamment ouvertes à la presse, et que la remise du rapport annuel permet à chaque commission d'adopter un avis public. Cette exigence de transpa-

rence peut apparaître comme offrant de réelles garanties pour empêcher les tentatives de pression par les responsables politiques.

6.5.3 LE RÔLE DU JUGE

Comme on a pu le voir dans le cadre du pouvoir de sanction, le juge administratif ou judiciaire est compétent pour contrôler les mesures prises par les AAI et API et, le cas échéant, pour les censurer (voire pour indemniser les victimes de préjudices causés par l'action des autorités¹⁹⁴).

Un tel pouvoir vaut aussi pour les décisions administratives individuelles ou réglementaires mais également désormais pour les actes de droit souple. A cet égard, le Conseil d'État, dans un arrêt du 21 mars 2016, *Fairvesta International*¹⁹⁵, a affirmé que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». L'arrêt GISTI du 12 juin 2020¹⁹⁶, a permis au juge administratif de généraliser cette solution en précisant que « les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ».

En imaginant que le pouvoir juridictionnel soit aux mains d'un parti politique, il y aurait là une véritable vulnérabilité. En effet, toute l'action des AAI pourrait être remise en cause par le juge.

194. Cf. infra 7.6. Responsabilité.

195. N° 368082.

196. N° 418142.

L'EXEMPLE DU RÉFÉRÉ CONTRE L'ARCOM

À l'initiative de plusieurs universitaires, un référé-liberté a été déposé afin que le Conseil d'État enjoigne à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) de mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction et d'enquêter sur le respect par les services CNews et Europe 1 de sa délibération n° 2024-15 du 17 juillet 2024 relative au respect du principe du pluralisme des courants de pensée et d'opinion par les éditeurs de services de télévision et de radio et au président de l'Arcom de saisir le président de la section du contentieux du Conseil d'État sur le fondement de l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication afin que celui-ci prenne toute mesure destinée à faire cesser la méconnaissance du principe du pluralisme interne par les services CNews et Europe 1.

Les requérants soutenaient, notamment, que l'absence de mise en œuvre de ses pouvoirs d'instruction et de sanction par l'Arcom porte une atteinte grave et manifestement illégale au pluralisme des courants de pensée et d'opinion, que les services Europe 1 et CNews méconnaissaient l'interdiction de déséquilibre manifeste dans l'expression des courants sociaux culturels par le choix

des sujets traités, leur angle d'approche et la présentation unanime des opinions relatifs à ces sujets, qu'ils méconnaissaient le souci constant de mesure et d'honnêteté qui leur est imposé en période électorale, les questions prêtant à controverse devant donner lieu à l'expression de différents points de vue sont systématiquement traitées de manière univoque par ces services.

La requête a cependant été rejetée en raison d'un défaut d'urgence, le juge administratif considérant que la gravité de l'atteinte au pluralisme des courants de pensée et d'opinion et la circonstance qu'il s'agissait d'une période de campagne électorale en vue des élections municipales n'étaient pas des éléments de nature à justifier une intervention du juge des référés au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (cf. CE, Ordonnance du 9 mars 2026, Mme Manon Altwegg-Boussac et autres, n° 513377).

De cet exemple, il ressort que le juge, selon son appréciation des critères de recevabilité d'une requête, peut limiter fortement l'accès des citoyens au prétoire et, par conséquent, les contrôles juridictionnels des autorités indépendantes initiés par la société civile.

6.6 RESPONSABILITÉ

Le juge administratif comme le juge civil sont compétents pour examiner les recours indemnitaires introduits pour réparer les dommages causés par les autorités administratives indépendantes. Originellement, il n'existait qu'un régime de responsabilité de l'État ne pouvant être engagé qu'en cas de faute lourde.

Cependant, l'octroi de la personnalité morale à certaines autorités indépendantes a emporté des conséquences importantes. Comme le Conseil d'État l'a affirmé¹⁹⁷, « Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette (autorité), en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à (l'autorité), ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions ». En pratique, l'API pourra décider de constituer des provisions afin de faire face aux risques liés aux conséquences des contentieux indemnitaires engagés à raison de ses fautes. De notre point de vue, la personnalisation des autorités indépendantes emporte donc deux risques qui sont autant de vulnérabilités en cas de pression politique. Le premier, que l'on pourrait qualifier de risque direct, touche au patrimoine de l'autorité publique indépendante dans la mesure où elle peut voir ses finances mises à mal en cas de faute susceptible d'engager sa responsabilité. Le second risque, qui

serait plus indirect, concerne les prérogatives dont l'autorité doit faire usage et pour lesquelles il est possible de craindre qu'elle en restreigne l'utilisation.

Pour terminer, on soulignera qu'une responsabilité subsidiaire de l'État pourrait être mise en jeu. En effet, tout d'abord, une responsabilité peut être retenue contre l'État en cas de démonstration d'une faute lourde dans le cadre de ses activités de surveillance et de contrôle.¹⁹⁸ La volonté de responsabilisation des personnes morales de droit public justifie à la fois le caractère subsidiaire du mécanisme mais également le maintien de l'exigence de la faute lourde. Le principe d'indépendance qui limite le contrôle de la personne publique sur l'autorité indépendante impose que la responsabilité repose, avant tout, sur celui qui agit plutôt que sur celle qui est en charge du contrôle. Ensuite, en cas d'insolvabilité de l'API, l'État pourrait être obligé d'allouer des ressources exceptionnelles pour remédier à cette situation en raison de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et son décret d'application n° 2008-479 du 20 mai 2008 relatif à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des collectivités publiques qui sont applicables à l'ensemble des personnes morales de droit public.

197. CE, ass. gén., avis, 8 septembre 2005, n° 371558.

198. CE Ass., du 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle, n° 41916.

RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 – Inscrire, après l'article 71-1 de la Constitution, une nouvelle disposition interdisant à ce que toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante qui veille au respect des droits et libertés ne puisse être supprimée en renvoyant à une liste établie par une loi organique.

Les autorités administratives indépendantes ou autorités publiques indépendantes qui interviennent dans les domaines où les droits fondamentaux des citoyens sont en jeu devraient être constitutionnalisées car c'est le moyen qui offre la pérennité la plus importante en droit français. Il s'agit en particulier :

- Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
- Autorité de la concurrence
- Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique
- Autorité de régulation des transports
- Autorité des marchés financiers
- Autorité de sûreté nucléaire
- Autorité nationale des jeux
- Commission d'accès aux documents administratifs
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté
- Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques
- Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement
- Commission nationale du débat public
- Commission nationale de l'informatique et des libertés
- Commission de régulation de l'énergie
- Haute Autorité de la santé
- Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORGANIQUE

Recommandation n° 2 – Insérer dans la Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités

publiques indépendantes, dans le Titre Ier : Incompatibilités avec le mandat de membre des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (Articles 2 à 3), une disposition permettant la généralisation de l'indépendance des autorités administratives indépendantes ou autorités publiques indépendantes à l'égard de tout organe politique.

Recommandation n° 3 – Insérer dans la Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, un nouveau Titre, avant Titre III : Coordination et application (Articles 5 à 6), portant sur les garanties bénéficiant aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, contenant une première disposition empêchant la réduction des compétences des autorités indépendantes en particulier pour des raisons budgétaires et interdisant la reprise par les services de l'État des compétences confiées à des organismes indépendants.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 4 – Reconnaître, à la fin du premier alinéa de l'article L130 du Code des postes et des communications électroniques, le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Recommandation n° 5 – Reconnaître, à la fin du paragraphe I de l'article 4 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique.

Recommandation n° 6 – Reconnaître, à l'article L1261-5 du Code des transports, le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de l'Autorité de régulation des transports.

Recommandation n° 7 – Reconnaître, à l'article 35 de la Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner,

parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de l'Autorité nationale des jeux.

Recommandation n° 8 - Modifier l'article L121-3 du Code de l'environnement 8° (« Deux représentants des consommateurs et des usagers, respectivement nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé des transports ») et 10° (« Deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires, dont un représentant des entreprises agricoles, nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition des organisations professionnelles respectives les plus représentatives »), pour reconnaître le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), les deux représentants des consommateurs et des usagers, les deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et les deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires de la Commission nationale du débat public.

Recommandation n° 9 - Reconnaître, à l'article 9 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés

Recommandation n° 10 - Reconnaître, à l'article L132-2 du Code de l'énergie, le droit pour le Conseil économique, social et environnemental de désigner, parmi les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...), un membre de la Commission de régulation de l'énergie.

07. LES CONTRE-POUVOIRS NON INSTITUTIONNELS

Thomas Perroud

Professeur de droit public, Université Paris-Panthéon-Assas (CERSA CNRS)

Étant donné la tradition française qui place l'État en surplomb de la société et les différents types de conflits d'intérêts entre la haute administration, le monde politique, le monde des affaires et la société civile, la France semble particulièrement mal placée pour résister à un processus de démantèlement des contre-pouvoirs qui serait organisé par une majorité ou un gouvernement autoritaire. La proximité du Conseil constitutionnel avec le monde des affaires¹⁹⁹, par exemple, paraît symptomatique du rapport de l'État français à la société civile : l'État français, en raison de la pratique du pantouflage qui n'est pas contrôlé, donne un avantage aux intérêts puissants dans la société au détriment des ONG qui défendent les intérêts du public en général.²⁰⁰ Cette contribution soulignera comment et pourquoi la société civile, qui est traditionnellement faible en France, a été encore plus affaiblie dans les dernières années, fragilisant ainsi plus encore un système de contre-pouvoirs non institutionnels dont la faculté de résistance à un « choc autoritaire » est donc sujette à caution.

Nous montrerons cela à partir de l'étude de trois champs : le champ des médias (7.1), celui de la société civile (7.2) et enfin celui de l'université (7.3).

7.1 LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DES MÉDIAS

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Ce chapitre conclut à une forte vulnérabilité des médias français, privés comme publics, face à une éventuelle dérive autoritaire. Les médias privés sont marqués par une double dépendance : à l'égard de l'État, via des aides à la presse opaques, et à l'égard de puissances économiques qui ont favorisé une concentration sans précédent. Cette concentration, non enrayée par une conception juridique du pluralisme jugée « naïve », permet à un nombre restreint d'acteurs de contrôler une part significative du débat public. Les médias publics, quant à eux, ne compensent pas cette faiblesse en raison d'une indépendance fragile, illustrée par la nomination politique des dirigeants de l'audiovisuel et une faible représentation de la société civile. Le cadre juridique et économique actuel ne garantit donc pas l'indépendance des rédactions et expose le secteur à une possible instrumentalisation politique, à l'image du « scénario hongrois ».

La capacité de résistance des médias en France à l'arrivée d'une majorité ou d'un gouvernement autoritaire ne semble pas parfaitement assurée, pour une raison simple, étayée par de nombreuses études : l'absence d'indépendance vis-à-vis des puissances financières et l'indépendance fragile des médias vis-à-vis de l'État. L'accent sera mis ici

sur la situation des médias traditionnels qui ont été fortement secoués par l'arrivée d'internet et dont la crise a largement profité à quelques investisseurs puissants.

7.1.1 LES MÉDIAS PRIVÉS : DÉPENDANCE ENVERS L'ÉTAT ET FAIBLESSE DU PLURALISME

Le scénario hongrois est le suivant : l'attaque contre le pluralisme dans le secteur privé des médias a été principalement réalisée à partir de la constitution d'un cercle d'oligarques proches du pouvoir bénéficiant de la protection d'une autorité de régulation sous le contrôle du parti de M. Orbán, un accaparement des fonds publics sous diverses guises et un processus de suffocation financière des médias privés non encore contrôlés par le régime.

199. T. Perroud, « Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », Recueil Dalloz, Dalloz, 2015, p. 2511 ; T. Perroud, « Le Conseil constitutionnel et la publicité des portes étroites », JP Blog, 31 mai 2019 ; T. Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », La Revue des droits de l'homme, 15, 2019 ; T. Perroud, « Le statut des portes étroites », in E. Lemaire, T. Perroud (dir.), Le Conseil constitutionnel, la déontologie et la transparence, Institut Varenne (à paraître).

200. L. Rouban, « Le pantouflage aux XIXe et XXe siècles », in F. Cardoni, N. Carré de Malberg et M. Margairaz (dir.), Dictionnaire historique des inspecteurs des Finances, Paris, CHEFF Éd., oct. 2012, p. 307 ; « L'inspection générale des Finances, 1958-2008 : pantouflage et renouvellement des stratégies élitaires », Sociologies pratiques sept. 2010, n° 21, « Les élites dirigeantes : une recomposition en trompe-l'œil ? », p. 19-34 ; « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », Cah. du CEVIPOF, n° 49, Paris, CEVIPOF, mai 2008 ; P. France, A. Vauchez, Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. « Domaine gouvernance », 2017 ; C. Teitgen-Colly, « Déontologie et pantouflage dans la haute fonction publique. L'exemple du Conseil d'État », in Mél. en l'honneur de Gérard Marcou, Paris, IRJS, 2017 ; J.-B. Auby, T. Perroud, Corruption and Conflicts of Interest, A Comparative Law Approach, Edward Elgar, coll. « Studies in Comparative Law and Legal Culture series », 2014 ; T. Perroud, « L'encadrement des conflits d'intérêts dans l'Administration : de l'urgence à sortir d'une vision uniquement punitive », in A. Zarca (dir.), Les outils au service de la déontologie : regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise, Dalloz, 2020.

MISE AU PAS DU SECTEUR MÉDIATIQUE : L'« EXEMPLE » HONGROIS

« Le pluralisme des médias et la liberté d'expression s'érodent en Hongrie, sous les effets combinés d'une autorité de régulation des médias politiquement contrôlée et d'une intervention de l'État qui provoque une distorsion du marché des médias », observe la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović, dans un mémorandum rendu public le 30 mars 2021.²⁰¹ Plus récemment, le Parlement européen a souligné en particulier les aspects suivants sur la base de sources et rapports divers²⁰² :

- L'accès aux médias publics reste limité pour les responsables politiques de l'opposition ;
- L'existence d'un environnement médiatique fortement centralisé et sous contrôle politique et d'un espace de plus en plus restreint pour les médias et le journalisme indépendant, caractérisé par les discriminations, des obstacles et des intimidations systémiques ;
- L'absence de prise en compte des recommandations de la Commission européenne dans ses précédents rapports sur l'État de droit et l'absence de mesure prise pour réglementer l'attribution de la publicité d'État aux médias, pour garantir l'indépendance fonctionnelle de l'Autorité des médias ou pour garantir l'indépendance éditoriale et financière des médias de service public ;
- L'absence de progrès en ce qui concerne le renforcement de la transparence et de l'équité dans la répartition de la publicité d'État ;
- L'accentuation de la pression exercée sur les journalistes et autres professionnels des médias qui continuent de rencontrer de nombreux et graves obstacles dans l'exercice de leur métier avec une prévalence des campagnes de dénigrement et des propos diffamatoires à l'encontre de journalistes et des pressions exercées via des enquêtes intentées par le Bureau de protection de la souveraineté²⁰³ sur les allégations de « financement étranger ».

En ce qui concerne la situation en France, deux points paraissent particulièrement importants : d'une part les médias privés sont en France étroitement dépendants de l'État ; d'autre part, la conception actuelle du pluralisme ne permettrait pas de prévenir une évolution à la « hongroise ».

7.1.1.1 LA DÉPENDANCE VIS-À-VIS DE L'ÉTAT

Les médias traditionnels français ont été, comme leurs homologues américains et anglais, particulièrement touchés par l'arrivée d'internet, ce qui s'est traduit par la baisse du nombre de journalistes et par la précarisation

de leur statut par le recours aux pigistes. Julia Cagé²⁰⁴ a parfaitement montré comment les médias français ne sont pas représentatifs de la diversité des intérêts de la société civile française.

Ce sont essentiellement les médias locaux qui ont subi la plus forte érosion. Par rapport au dynamisme de la presse locale du XIX^e siècle, l'époque contemporaine fait pâle figure, à l'exception notable de Ouest France qui reste le quotidien le plus lu de France. La montée du populisme en France s'est manifestée d'abord à l'échelon local et on ne peut que constater la faible couverture par la presse locale des enjeux démocratiques de cet échelon de gouvernance. En réalité, l'échelon local constitue certainement le laboratoire de ce qui pourrait se passer au niveau national. La multiplication des mairies d'extrême droite ne s'est pas traduite, au niveau local, par l'émergence de contre-pouvoirs médiatiques forts, au contraire. On retient cependant la création de médias en ligne qui se posent comme des contre-pouvoirs (Marsactu à Marseille par exemple).

Le rapport des médias privés à l'État est d'autant plus compliqué en France qu'ils bénéficient d'aides nombreuses. Le ministère de la Culture recense six dispositifs d'aide.²⁰⁵ Le Monde a ainsi reçu près de 600 000 euros d'aides en 2019²⁰⁶ ce qui, étant donné la composition du capital de ce journal, constitue en réalité une subvention pour les investissements, dans la presse, d'investisseurs puissants. La gouvernance de ces fonds n'est pas claire. Julia Cagé formule ainsi ce constat pour le Fonds stratégique pour le développement de la presse (FSDP) : « [I]l choisit de financer les projets de modernisation des journaux (et le montant des subventions) est en effet laissé à la discrétion d'un comité composé de représentants de l'administration et de la profession. Cela ne peut que fragiliser l'indépendance éditoriale des titres²⁰⁷ ». En outre, la menace possible du retrait de ces aides n'aide pas la presse à tenir une position objective vis-à-vis de l'État.²⁰⁸

201. Conseil de l'Europe, « Il est grand temps que la Hongrie rétablisse la liberté journalistique et la liberté des médias », 30 mars 2021 : https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/it-is-high-time-for-hungary-to-restore-journalistic-and-media-freedoms

202. Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2025 sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée [2018/0902R(INLE)], P10_TA(2025)0283

203. L'existence même d'un tel « bureau » est manifestement contraire au droit de l'UE ce que la Cour de justice de l'UE devrait confirmer avant la fin de l'année en cours. Voir l'affaire C-829/24, Commission c/ Hongrie (Protection contre l'ingérence politique étrangère). Le 12 février 2026, l'avocate générale Kokott a conclu à de multiples violations dans cette affaire, en particulier, la violation de plusieurs libertés fondamentales.

204. J. Cagé, *Sauver les médias. Capitalisme, financement participatif et démocratie*. Paris, Le Seuil (La République des idées), 2015.

205. Voir les chiffres sur cette page : <https://www.culture.gouv.fr/thematiques/presse-ecrite/tableaux-des-titres-et-groupes-de-presse-aides-par-le-ministere-de-la-culture/Chiffres-de-tailles-par-aide-de-2012-a-2015>.

206. Voir le tableau détaillé ici : <https://www.culture.gouv.fr/Media/Medias-creation-rapide/Tableau-des-titres-aide-s-en-2019.pdf>

207. J. Cagé, *Sauver les médias : Capitalisme, financement participatif et démocratie*, Le Seuil, Coll. La république des idées, 2015, chap. 2.

208. « En pourcentage du chiffre d'affaires des journaux, les aides à la presse varient entre 1 % (Corse Matin) et 23 % (L'Humanité). Ce ratio s'élève à plus de 10 % pour le journal Le Monde et à près de 17 % du chiffre d'affaires pour Libération. » (Julia Cagé, « Sauver les médias : Capitalisme, financement participatif et démocratie », préc.). On peut trouver une actualisation de ces données ici : <https://www.lesclesdelapresse.fr/les-principaux-beneficiaires-des-aides-a-la-presse-en-2024>.

À de nombreux égards donc, les médias privés français sont vulnérables aux influences politiques de leurs propriétaires²⁰⁹, mais aussi de l'État. Ils ne semblent donc pas en mesure de constituer un contre-pouvoir efficace en cas d'atteinte à l'État de droit.

7.1.1.2 UNE CONCEPTION JURIDIQUE NAÏVE DU PLURALISME DES MÉDIAS PRIVÉS

L'exemple hongrois fait écho à des faits qui se sont déroulés en France, à savoir la prise de contrôle de certaines chaînes de télévision par des personnes proches du président de la République. Lors du mandat de Nicolas Sarkozy en effet, un étroit réseau d'amitié liait le président avec les grands groupes de médias, ce que la presse a dénoncé assez largement.²¹⁰ De même le soutien de son réseau dans les médias aurait été clef pour son élection.²¹¹ Raphaëlle Bacqué a ainsi montré qu'il avait dû son élection à 25 ans d'investissement dans les médias.²¹² Cet exemple ne sert qu'à illustrer la vulnérabilité potentielle du secteur privé des médias en France à une forme d'« entente », de « cartel » avec le pouvoir.

Ces relations incestueuses sont rendues possibles par une conception naïve du pluralisme. Le pluralisme tel que le Conseil constitutionnel l'a consacré, comme objectif de valeur constitutionnelle, sert à contrôler l'absence de concentration trop forte des médias privés. En conséquence, une même personne ou une même entreprise ne peut détenir un nombre trop important de médias privés.²¹³ La fonction de cet objectif « est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché. »²¹⁴ Mais on en reste à une pétition de principe. Le pluralisme n'a de portée réelle qu'en matière de contrôle des concentrations. Mais, le principe souffre à notre sens d'un impensé.

Ce principe aurait pu fonder l'indépendance des rédactions vis-à-vis des propriétaires. Il n'en a rien été. Comme l'a montré Julia Cagé²¹⁵, le principe n'a pas permis de fonder l'indépendance des médias privés vis-à-vis des stratégies capitalistes des investisseurs qui peuvent librement se servir de « leur » média (on rappellera que les chaînes de télévision occupent pourtant le domaine public) comme ils le souhaitent.

En outre, ce principe n'a en réalité pas permis d'empêcher une concentration forte des médias en France, tant au niveau national que local. Voici la synthèse des études que l'on peut dresser.

Dans le secteur des industries culturelles en France, deux études ont été produites par le Syndicat des Musiques Actuelles (SMA) en mai 2025 qui mettent en évidence une concentration croissante et rapide au sein des industries culturelles en France.²¹⁶ Ce phénomène se caractérise par l'émergence d'un nombre restreint d'opérateurs privés qui déploient des stratégies d'intégration à la fois

verticale et horizontale. L'intégration verticale leur permet de contrôler l'intégralité de la chaîne de valeur, de la production des artistes à leur diffusion en salles ou en festivals, jusqu'à la commercialisation via la billetterie, leur assurant ainsi la maîtrise des précieuses données clients. Parallèlement, une concentration horizontale s'opère par le rachat de concurrents directs, ce qui renforce leur position dominante et réduit la diversité des acteurs sur le marché. Cette double dynamique, qualifiée par le SMA de « concentration horizontale doublée d'une concentration verticale », soulève des questions fondamentales sur le pluralisme, l'indépendance des petits acteurs et la diversité de l'offre culturelle proposée au public.

Le même constat peut être dressé dans les secteurs de l'audiovisuel et de la presse. La concentration est particulièrement manifeste dans ces secteurs, où quelques grands noms étendent leur influence de manière significative. Vincent Bolloré, via Vivendi, illustre parfaitement cette tendance en ayant pris le contrôle du groupe Lagardère, ajoutant ainsi à son portefeuille (Canal+, CNews) des titres emblématiques comme Paris Match, le Journal du Dimanche et les radios Europe 1 et RFM. De plus, la filiale Hachette de Lagardère possède 100% de Prisma Media, un géant de la presse magazine. Dans le même temps, le milliardaire tchèque Daniel Kretinsky, déjà actionnaire majoritaire de FNAC Darty, étend son empire médiatique en investissant 5% dans le groupe TF1 et en préparant le lancement de sa propre chaîne de télévision, T18. Ces manœuvres, complétées par les possessions de Bernard Arnault (Les Echos-Le Parisien) et de Jean-Michel Baylet (La Dépêche, Konbini), dessinent un paysage médiatique où une part croissante de l'information et du divertissement est contrôlée par un nombre restreint d'acteurs, ce qui leur donne une influence significative sur l'espace public et le débat d'idées.

On retrouve le même phénomène au niveau local avec les salles de spectacles. Le contrôle des lieux de diffusion est un autre enjeu stratégique majeur, et la compétition pour la gestion des salles de spectacle et des arenas est intense. Marc Ladreit de Lacharrière, via sa holding Fimalac, s'est imposé comme un acteur incontournable,

209. ACRIMED a amplement documenté cette influence : <https://www.acrimed.org/IMG/pdf/mediacritiques32.pdf>.

210. G. Rzepski, « Sarkozy et les médias, les médias face à Sarkozy », ACRIMED, 4 juin 2007 (Disponible ici : <https://www.acrimed.org/Sarkozy-et-les-medias-les-medias-face-a-Sarkozy/>) ;

211. M. Bénilde, « Huit mois avant l'élection présidentielle en France M. Sarkozy déjà couronné par les oligarques des médias ? », Le Monde Diplomatique, Septembre 2006, pages 22 et 23 (Disponible ici : <https://www.monde-diplomatique.fr/2006/09/BENILDE/13928>).

212. R. Bacqué, « Nicolas Sarkozy, vingt-cinq ans d'investissement dans les médias », Le Monde, 19 février 2007 (Disponible ici : https://www.lemonde.fr/societe/article/2007/02/19/nicolas-sarkozy-vingt-cinq-ans-d-investissement-dans-les-medias_869028_3224.html).

213. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 35 et 36.

214. CC 84-181 DC, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, cons. 38 ; CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, cons. 20 ; CC 93-333 DC, 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 3 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 9.

215. J. Cagé, Sauver les médias, préc.

216. SMA - Syndicat des Musiques Actuelles. [2025, mai]. Cartographie des dix plus importants opérateurs privés dans la chaîne de valeur des musiques actuelles en France. Consulté à l'adresse : <https://www.sma-syndicat.org/cartographie-des-dix-plus-importants-operateurs-privés-dans-la-chaîne-de-valeur-des-musiques-actuelles-en-france/> ; Barreira, M. [2025, mai]. Note de lecture de cette cartographie. Consulté à l'adresse : <https://www.sma-syndicat.org/wp-content/uploads/2025/05/Note-de-lecture-Cartographie-SMA-mai-2025-1.pdf>

exploitant un réseau de cinq Zéniths et six Arenas à travers la France via son groupe S-PASS TSE. Le géant américain AEG, dirigé par Philip Anschutz, a également une présence significative à Paris, avec 43% de la gestion de l'Accor Arena (Bercy), mais aussi la gérance du Bataclan et de la nouvelle Adidas Arena. D'autres grands groupes sécurisent des lieux emblématiques, comme Vincent Bolloré avec la salle mythique de l'Olympia, ou Bernard Arnault qui, via sa participation dans Lagardère, possède des parts dans les Folies Bergère et le Casino de Paris. Cette mainmise sur les infrastructures de diffusion est cruciale car elle permet de dicter les conditions d'accueil des productions et de capter une part substantielle des revenus du spectacle vivant.

Cet état du droit permet donc une utilisation de l'espace public à des fins privées sans contre-pouvoir. Rien en France n'empêcherait donc des médias privés de soutenir un président pendant son mandat. En période électorale, la présentation des points de vue est en revanche plus contrainte.²¹⁷

La fragilité des médias privés n'est pas compensée par les médias publics.

7.1.2 L'INDÉPENDANCE FRAGILE DES MÉDIAS PUBLICS

Les médias publics français ont acquis leur indépendance du pouvoir politique dans les années quatre-vingt. Ils ne sont plus dépendants du pouvoir politique et soumis à la censure. En revanche tout lien n'est pas rompu entre le pouvoir politique et les médias publics (chaînes et radio). La nomination des présidents de chaînes fait ainsi toujours l'objet de débat. L'ARCOM a finalement récupéré cette compétence, mais l'ARCOM est elle-même proche du pouvoir politique puisque les autorités de nomination du collège sont presque toutes politiques (3 sont désignés par le président de l'Assemblée nationale, 3 sont désignés par le président du Sénat, un par le vice-président du Conseil d'État, un par le premier président de la Cour de cassation et le président du Collège est désigné par le président de la République). La tradition d'indépendance des médias publics français par rapport au pouvoir politique est plus fragile qu'elle ne l'est en Angleterre où la BBC fut indépendante dès son origine.²¹⁸

Le Media Pluralism Monitor, dans son étude de 2025 sur la France, note en particulier deux éléments.²¹⁹ D'une part, ce rapport signale que la réforme du modèle de financement du service public audiovisuel – notamment le remplacement de la redevance audiovisuelle par une affectation d'une part de TVA²²⁰ – soulève des questions de risque pour l'indépendance financière et donc éditoriale des médias publics français. Cette évolution, qui est intervenue par étapes depuis 2022, modifie la logique d'un financement traditionnellement assuré par une taxe dédiée portée directement par les usagers pour un mécanisme basé sur un impôt général sans lien explicite avec le service fourni, ce qui est source d'incertitudes juridiques et politiques : l'absence de lien direct entre la TVA et l'audiovisuel public rend ce système potentiellement temporaire et susceptible de dériver à terme vers un financement budgétaire classique, ce qui pourrait renforcer la dépendance vis-à-vis de l'État et de ses choix poli-

tiques. Une telle dépendance financière, dans un contexte où la loi Bloche²²¹ – censée protéger les rédactions – est jugée dépassée, est perçue comme un élément de vulnérabilité du pluralisme et de l'autonomie du service public face aux pressions externes.

D'autre part, le rapport français du MPM note également que les médias de service public ont été l'objet de critiques concernant leur couverture lors de périodes électorales, avec des accusations de biais et de pression politique qui peuvent fragiliser leur mission de pluralisme et d'impartialité. Par exemple, lors de récents cycles électoraux, certaines chaînes et stations de service public ont été critiquées pour marginaliser ou représenter de manière inégale certaines positions politiques, ce qui alimente des perceptions de manque d'équilibre dans le traitement de l'actualité politique. Ce type de critique s'inscrit dans une évaluation plus large des risques liés à l'indépendance politique des médias : même si la liberté de la presse en France reste globalement bien positionnée au plan européen, l'absence de garanties pleinement perçues comme efficaces contre l'ingérence politique – notamment dans les périodes sensibles comme les campagnes électorales – demeure un point de vigilance pour le pluralisme médiatique.

Le rapport du Conseil de l'Europe sur la liberté de la presse dresse les mêmes constats concernant la France.²²²

Comment pourrait-on assurer une meilleure indépendance du service public de l'audiovisuel ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel est extrêmement délicate à interpréter sur ce point. Il a été amené à se prononcer sur ce point en 2009²²³ au moment d'une réforme portée par le président Nicolas Sarkozy et lui redonnant la compétence de nomination des présidents de chaîne sous le double contrôle du CSA (ARCOM désormais) et avis des commissions parlementaires compétentes. Le Conseil se borne à constater qu'en raison de cet encadrement, le législateur n'a pas privé de garantie légale la liberté de communication.²²⁴ On pourrait en déduire a contrario qu'en l'absence de telles garanties la liberté de communication aurait été violée, mais ce type de raisonnement est toujours délicat.

On pourrait réfléchir à une meilleure représentation de la société civile dans les médias publics, à la manière de ce que l'on peut trouver en Allemagne par exemple.²²⁵

217. Pour un aperçu du cadre réglementaire en la matière le site de l'ARCOM est très complet : <https://www.arcom.fr/nous-connaître-nos-missions/garantir-le-pluralisme-et-la-cohesion-sociale/protéger-le-pluralisme-politique>

218. P. Trouillard, Le service public audiovisuel dans les États membres de l'Union européenne. Étude comparée France, Italie, Royaume-Uni, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2019.

219. Media Pluralism Monitor – France Country Profile, Centre for Media Pluralism and Media Freedom, European University Institute (CMPF) : <https://cmpf.eui.eu/country/france/>

220. Loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022.

221. Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.

222. Conseil de l'Europe, Rapport sur la liberté de la presse en Europe 2025 : un point de bascule pour la liberté de la presse, Plateforme pour la protection du journalisme et la sécurité des journalistes, mars 2026, disponible sur : <https://fom.coe.int>.

223. Loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision. V. sur les vicissitudes : L. Sponchiado, La compétence de nomination du président de la Cinquième République, thèse de doctorat en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015, dir. M. Verpeaux.

224. Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009.

225. H. Oehme, L'indépendance de l'audiovisuel public à l'égard des institutions politiques en France et en Allemagne (préface Johannes Masing), Institut Francophone Justice Et Démocratie, 2019.

LA « RÉFORME » DES MÉDIAS PUBLICS EN POLOGNE (SITUATION ENTRE 2015 ET 2020)²²⁶

« Le 28 décembre 2015, la majorité au pouvoir a déposé la loi dite « petite loi sur les médias » au Parlement qui, malgré les critiques dans le pays et sur la scène internationale, l'a adoptée. L'objectif déclaré de cette loi était de rationaliser la structure des radiodiffuseurs publics, de toute évidence trop lourde. Une disposition majeure de la loi prévoyait cependant que la nomination des membres du conseil de surveillance et du directoire des radios et télévisions publiques serait transférée du Conseil national de la radiodiffusion au ministère du Trésor et qu'il serait mis fin aux mandats de tous les membres en exercice de ces organes. La radiodiffusion du service public a ainsi été placée sous le contrôle strict des nouvelles autorités.

La petite loi sur les médias avait un caractère temporaire. Le 2 avril 2016, les autorités ont déposé trois nouvelles lois relatives aux médias de service public, dans le cadre d'un projet dit "grande loi sur les médias". Ces projets de loi visaient à transformer la radio et la télévision du service public en médias nationaux tenus de relayer les opinions du Président, du Premier ministre et des présidents du Sejm et du Sénat. Ces lois ont ensuite été communiquées au Conseil de l'Europe pour avoir l'avis d'experts qui ont conclu qu'elles constituent un retour à la télévision et à la radio d'État.

Face au tollé soulevé dans l'opinion publique et aux critiques dans le pays et dans le monde contre ces trois projets de loi, les autorités ont décidé de les retirer du programme du parlement. En remplacement, une loi plus limitée a été adoptée [...] [qui] ne règle pas la question de la politisation des organes de contrôle des médias et de leur subordination aux intérêts des partis politiques.

Une comparaison avec l'Allemagne permet de comprendre les défauts du système français. Le pluralisme de l'audiovisuel public en Allemagne est garanti par le caractère fédéral de l'État. Autrement dit, alors que les Français n'ont accès qu'à un grand service public audiovisuel, les Allemands ont autant de médias publics que d'États.

Les points de faiblesse du cadre réglementaire français semblent donc être les suivants : le président de la République garde un pouvoir sur le secteur à travers son pouvoir de nomination du président du collège de l'ARCOM.²²⁷ Le seul garde-fou est l'avis des commissions permanentes compétentes de l'Assem-

blée nationale et du Sénat. Mais la faiblesse structurelle du Parlement français ne permet pas de garantir un réel contrôle de cette nomination. Comme pour le secteur privé, il faudrait réfléchir à l'indépendance des rédactions des médias publics et à la pluralité des opinions des journalistes. L'intégration de la société civile dans un organe dédié, une sorte de Parlement à l'intérieur des chaînes publiques, pourrait en outre freiner l'exploitation politique.

Au total, les médias sont fragiles en France en raison de leur indépendance limitée. La protection des journalistes n'est en outre pas encore optimale, comme l'a montré l'affaire Clearstream par exemple. Une dérive autoritaire ne pourrait être empêchée que par un cadre imposant dans l'ensemble des médias une indépendance des journalistes vis-à-vis des propriétaires privés comme publics et la réflexion sur l'introduction de contre-pouvoirs démocratique dans ces structures.

Malgré tout, il faudra voir comment la France se saisit du règlement (UE) 2024/1083 du 11 avril 2024 (European Media Freedom Act) qui renforce de manière significative l'indépendance des médias publics et privés au sein de l'Union européenne en consacrant, d'une part, une protection explicite de l'indépendance éditoriale et, d'autre part, des garanties institutionnelles spécifiques pour les médias de service public. Son article 4 impose aux États membres de respecter la liberté éditoriale des fournisseurs de services de médias et d'interdire toute ingérence injustifiée dans leurs décisions rédactionnelles, tout en protégeant les sources journalistiques contre les mesures de surveillance ou de pression étatique.

Par ailleurs, l'article 5 établit des exigences précises concernant la gouvernance des médias publics : les procédures de nomination et de révocation de leurs dirigeants doivent être transparentes, objectives et non discriminatoires, et leur financement doit être assuré selon des critères clairs, prévisibles et proportionnés afin de garantir leur indépendance fonctionnelle et éditoriale. Ce règlement marque ainsi un tournant en érigeant l'indépendance des médias en standard contraignant du droit de l'Union, applicable tant aux acteurs publics qu'aux opérateurs privés dans le marché intérieur.

226. Conseil de l'Europe, Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne, Doc. 15025, 6 janvier 2020, rapport Rohjan et Omtzigt, paras 116-119. Pour un bref panorama plus récent suite aux élections législatives de 2023, v. H. Bienvenu, « En Pologne, le casse-tête de la dépolitisation de l'audiovisuel public », 8 septembre 2024, <https://larevuedesmedias.ina.fr/pologne-depolitisation-audiovisuel-public-tusk-duda>

227. Article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifié par l'article 5 de la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique : « Le président de l'autorité est nommé par le Président de la République pour la durée de ses fonctions de membre de l'autorité, après avis des commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat, dans les conditions prévues par la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. »

7.2 LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Ce chapitre met en lumière la fragilité structurelle de la société civile française, qui constitue un contre-pouvoir affaibli. Historiquement façonnée par une tradition étatique jacobine, elle souffre d'une atomisation et d'une faiblesse de ses corps intermédiaires, comme en témoigne le déclin syndical. Sa capacité de résistance est en outre minée par une double dépendance à l'égard de l'État : une dépendance financière, via des subventions qui la précarisent et l'exposent à l'arbitraire politique, et une dépendance juridique, à travers des procédures d'agrément et de reconnaissance qui créent un risque de capture. Cette situation est aggravée par des évolutions législatives récentes, notamment la loi « Séparatisme » de 2021, qui, avec le contrat d'engagement républicain et l'extension des motifs de dissolution, a conféré à l'administration des pouvoirs de contrôle étendus et potentiellement liberticides, créant un « effet inhibiteur » sur le monde associatif.

Comment évaluer la faculté de résistance de la société civile française dans l'hypothèse où une majorité ou un gouvernement chercherait à mettre en place un processus de régression démocratique et de démantèlement de l'État de droit ? La réponse n'est pas aisée étant donné la tradition de l'État fran-

çais hostile aux corps intermédiaires. La société française telle qu'elle a été façonnée par la Révolution française est une société atomisée, avec des corps intermédiaires faibles. On ne peut pas ici s'arrêter à la protection constitutionnelle de la liberté d'association, consacré dans la décision de 1971²²⁸, car l'État français a mis en place des mécanismes subtils pour mettre la société civile dans sa dépendance.

Il y a plusieurs façons de répondre à la question.

- D'abord en établissant les limites du principe constitutionnel protégeant la liberté d'association pour vérifier s'il pourrait protéger contre certaines dérives que l'on a pu constater en Hongrie.
- Ensuite, en alertant sur la faiblesse et même l'affaiblissement progressif des corps intermédiaires (syndicats, associations, etc.).
- Enfin, en mettant en évidence la dépendance des corps intermédiaires en France vis-à-vis de l'État.

228. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

229. Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2025, op. cit., para AY.

230. Conclusions de l'avocate générale Kokott présentées le 12 février 2026 dans l'affaire C-829/24.

LA LOI ANTI-ONG DE VIKTOR ORBÁN ET LA RÉPONSE DE LA COUR DE JUSTICE

En 2017, la Hongrie a adopté une loi présentée comme visant à assurer la transparence des organisations civiles recevant des dons en provenance de l'étranger. Aux termes de cette loi, ces organisations doivent s'enregistrer auprès des juridictions hongroises en tant qu'« organisation recevant de l'aide de l'étranger » dès lors que le montant des dons qu'elles ont reçus en provenance d'autres États membres ou de pays tiers sur une année dépasse un seuil déterminé. Lors de l'enregistrement, elles doivent également indiquer, notamment, le nom des donateurs dont l'aide a atteint ou dépassé un seuil d'environ 1 400 euros et le montant exact de l'aide. Cette information est ensuite publiée sur une plate-forme électronique publique accessible gratuitement. De plus, les organisations civiles concernées doivent mentionner, sur leur page d'accueil internet et dans toutes leurs publications, qu'elles sont une « organisation recevant de l'aide de l'étranger ».

Le 7 décembre 2017, la Commission a introduit un recours en manquement devant la Cour de justice à l'encontre de la Hongrie, en estimant que ladite loi violait tant le TFUE que la Charte. La Cour a pleinement accueilli les arguments de la Commission dans son arrêt du 18 juin 2020 dans l'affaire C-78/18 et a notamment jugé que la loi de M. Orbán viole les obligations qui incombent aux États membres au titre de la liberté de circulation des capitaux (article 63 TFUE) ainsi que des articles 7, 8 et 12 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale, au droit à la protection des

données à caractère personnel et au droit à la liberté d'association.

En ce qui concerne la liberté d'association, la Cour a notamment jugé de manière similaire à la Cour européenne que « la liberté d'association constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste, en ce qu'il permet aux citoyens d'agir collectivement dans des domaines d'intérêt commun et de contribuer, ce faisant, au bon fonctionnement de la vie publique ». En ce qui concerne les obligations mises en place par la loi hongroise, celles-ci ont été jugées comme constituant des limitations au droit à la liberté d'association, notamment en ce qu'elles rendent significativement plus difficiles l'action et le fonctionnement des associations et des fondations qui ne peuvent se justifier par aucun des objectifs d'intérêt général reconnus par l'UE.

En réponse au jugement, le régime de M. Orbán a cependant simplement entrepris de remplacer la loi de 2017 avec une panoplie de mesures toutes aussi attentatoires à la liberté d'association et qui visent à réduire au silence les organisations de la société civile et les médias indépendants. On mentionnera en particulier la création d'un « Bureau de la protection de la souveraineté » qui a, dans certains cas, qualifié les activités relevant du programme de l'UE intitulé « citoyens, égalité, droits et valeurs » de l'UE comme « présentant un risque grave pour la souveraineté ».²²⁹ Pour l'avocate générale Kokott, la loi hongroise qui établit un tel bureau viole inter alia la liberté d'association.²³⁰

Nous montrerons ci-dessous qu'un rétrécissement de l'espace civique peut également être constaté en France, un constat également réalisé par le Conseil de l'Europe dans son rapport sur la liberté d'association²³¹ et qui s'est d'ailleurs matérialisé par la dégradation de la note de la France concernant la qualité de son espace civique.²³²

7.2.1 LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

Le principe a reçu une consécration constitutionnelle en 1971. Quelle en est la portée ? Le juge constitutionnel déclare qu'« en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ». La protection constitutionnelle de la liberté d'association empêche l'« intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ».²³³ Le principe n'empêche pas tout contrôle comme le contrôle économique et financier de l'État, ainsi que le contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes lorsque les associations reçoivent de l'argent public.²³⁴ La procédure de dissolution d'une association lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public impliquait dès lors des garde-fous (la dissolution ne peut être prononcée que dans des cas limités, prévus par la loi, soit par le juge judiciaire soit par le gouvernement par décret en conseil des ministres).

On remarque cependant une augmentation de l'emprise du pouvoir de l'Administration sur les associations dans le cadre des politiques sécuritaires et islamophobes. La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République est venue conférer à l'Administration de nouveaux pouvoirs très dangereux pour la liberté d'association puisque celles qui reçoivent des fonds publics doivent s'engager à « 1°) À respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution ; 2°) À ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ; 3°) À s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public ». Ces dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel qui a seulement émis une réserve limitant la période à prendre en compte pour la restitution des fonds.²³⁵ La procédure est entièrement administrative, et n'implique à aucun moment le recours à un juge. L'instauration de cette procédure est donc de nature à produire un « effet inhibiteur » (« chilling effect ») pour les associations. Comme nous l'avons relevé dans notre contribution extérieure, soumise au Conseil constitutionnel : « Les associations, comme tout un chacun, sont bien entendu soumises au respect de la loi. Il n'en reste pas moins que, par leur objet même ou encore par les modalités d'action qu'elles retiennent, certaines associations peuvent être amenées à se placer aux confins du respect de l'ordre public, voire choisir de le troubler pour que la cause qu'elles poursuivent soit visible, entendue ou tout simplement soit rendue effective. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux associations humanistes (comme par exemple la Cimade ou le Secours catholique) d'aide aux migrants ou aux personnes qui se trouvent dans l'irrégularité au titre

des règles relatives au séjour sur le territoire national, ou encore à certaines modalités d'action militante (occupations, protestations, manifestations, sitting...) ».²³⁶

À côté de cet outil, on constate une utilisation grandissante de la dissolution administrative. Historiquement conçue comme une mesure de police exceptionnelle pour protéger la République contre des menaces armées, elle est devenue un outil politique de premier plan pour gérer, et réprimer, la contestation écologiste. La dissolution administrative trouve son origine dans la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées. À l'époque, son objectif était clair : démanteler les ligues fascistes et antiparlementaires qui menaçaient la forme républicaine du gouvernement. Les motifs étaient strictement définis et liés à une menace armée ou à une atteinte à l'intégrité du territoire. Cependant, des extensions successives ont progressivement élargi son champ d'application. Le tournant majeur est la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Cette loi a modifié l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure pour permettre la dissolution des groupements qui provoquent à des « agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens ».

Cette modification, en apparence anodine, est en réalité fondamentale. En incluant les « biens » et en utilisant le terme large d'« agissements violents », le législateur a ouvert la voie à la dissolution de mouvements dont les actions (sabotage, dégradation symbolique, occupation) ne visent pas à renverser la République, mais à contester des politiques publiques. La dissolution est ainsi passée d'une arme de défense de l'État à un instrument de maintien de l'ordre public au sens large, incluant la protection des intérêts économiques et des projets contestés.

Au total, la liberté d'association est protégée constitutionnellement en France, mais on constate une emprise grandissante de l'Administration sur le monde associatif.²³⁷ Pour prévenir toute dérive autoritaire qui aboutirait à museler le monde associatif, il conviendrait de prévoir le recours systématique au juge judiciaire pour toutes les procédures ayant pour effet d'encadrer la liberté associative, ce qui n'est pas encore le cas en France.

À côté de ces aspects juridiques, le monde associatif est fragilisé par d'autres tactiques étatiques.

231. Conseil de l'Europe, Renforcement de la liberté d'association dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Disponible ici : <https://www.coe.int/fr/web/participatory-democracy/strengthening-freedom-of-association>.

232. CIVICUS Monitor, 9 décembre 2025 : <https://civicspacewatch.eu/alert/civics-monitor-downgrades-six-european-countries-due-to-severe-deterioration-of-civic-space/>.

233. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, cons. 2 ; CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, Union des familles en Europe [Associations familiales], cons. 9 ; CC 2011-138 QPC, Association Vivraviry [Recours des associations], 17 juin 2011, cons. 3.

234. CC 2000-434 DC, 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, cons. 40.

235. CC 2021-823 DC, 13 août 2021, Loi confortant le respect des principes de la République.

236. Contribution extérieure soumise au Conseil avant l'examen de la loi du 13 août 2021 par Me Arié Alimi pour La Ligue des droits de l'Homme, le Syndicat de la Magistrature, le Syndicat des Avocats de France, avec les contributions de Mmes Véronique Champeil-Desplats, Stéphanie Hennette-Vauchez, MM. Raphaël Maurel et Thomas Perroud.

237. Ceci est confirmé dans le dernier rapport de la Commission européenne sur la France [2025 Rule of Law Report, 8 juillet 2025].

7.2.2 LA FAIBLESSE ET MÊME L'AFFAIBLISSEMENT PROGRESSIF DES CORPS INTERMÉDIAIRES

L'existence d'une société civile dynamique, vivace, dépend de la vitalité des corps intermédiaires que constituent les syndicats, les associations et tous les modes d'actions collectives. Aux États-Unis, le fonctionnement communautaire de la société, l'importance de la philanthropie, la conscience du besoin de s'organiser pour avancer les intérêts de chaque communauté, de puissantes actions de groupe, assurent un financement important des corps intermédiaires. Tout ceci est absent en France.

Le syndicalisme est un bon champ d'observation de la perte de force de la société civile française. Le bilan est sans équivoque. La France connaît une « phase de déclin continu des organisations syndicales : échec répété de grandes mobilisations, faiblesse de l'action revendicative, déclin de la participation aux élections professionnelles, perte de confiance dans l'opinion et recul continu de la syndicalisation ».²³⁸ La France est l'antépénultième pays le moins syndiqué des pays membres de l'OCDE, d'après une étude de 2018.²³⁹ De surcroît, dans la période récente, les nouvelles modalités de travail, que l'on regroupe sous le terme d'ubérisation, ont fortement contribué à cette tendance.

Cette situation rend plus précaire la capacité d'opposition de la société civile française.

En outre, le développement de l'industrie du lobbying en France, le pantouflage des hauts fonctionnaires préférentiellement dans des cabinets d'avocats d'affaires ou de grandes sociétés ont certainement encore affaibli les corps intermédiaires en augmentant l'inégalité d'accès à l'espace politique. Les ONG n'ont pas l'habitude de recourir à des professionnels du lobbying qui savent comment accéder aux politiques et aux administrateurs. De surcroît, dans un pays marqué par sa haute administration, laquelle dispose de toutes les clefs d'accès au processus d'élaboration de la loi, le pantouflage ferme encore davantage l'accès de l'État à la société civile. Il en découle un biais d'accès à l'espace public et à l'élaboration des politiques publiques en défaveur des corps intermédiaires les plus à même d'opposer une capacité de résistance efficace face à un gouvernement autoritaire.

Un autre type de problème nous semble être la dépendance de la société civile vis-à-vis de l'État.

7.2.3 LA DÉPENDANCE DES CORPS INTERMÉDIAIRES EN FRANCE VIS-À-VIS DE L'ÉTAT

Les formes de dépendance des corps intermédiaires face à l'État sont de deux types : les corps intermédiaires sont en France très dépendants du financement étatique et de multiples techniques juridiques de « reconnaissance » faisant de certains acteurs les interlocuteurs officiels de l'État, ce qui ne facilite pas la vitalité de la société civile en permettant une remise en cause

des acteurs lorsque ceux-ci ne jouent pas correctement leur rôle de porte-parole.

D'une part, comme pour les médias, beaucoup d'acteurs de la société civile dépendent de financements étatiques directement ou indirectement, ce qui ne semble pas sain pour développer une culture d'opposition réelle. Voici le constat de l'Observatoire des libertés associatives :

« On a d'abord assisté, dans les années 2000, à une augmentation de la part des financements issus des collectivités territoriales, visant à compenser le désengagement de l'État. Mais celle-ci a fini par baisser du fait de contraintes budgétaires croissantes dans le cadre de la loi NOTRe. La transformation la plus significative est surtout la diminution substantielle des subventions au cours des dix dernières années (- 1,7 % par an sur 10 ans). Ces dernières ne représentent plus en 2017 que 20 % des ressources des associations, alors qu'elles constituaient 25 % de l'ensemble en 2011 et 34 % en 2005. Cette baisse des subventions a été compensée à la fois par le recours à des financements privés et philanthropiques ainsi que par la réalisation de missions de service public déléguées, grevant l'autonomie des associations. "La montée en charge des financements locaux et la privatisation croissante du financement du secteur associatif accroissent la dépendance des associations au contexte économique local", et fragilise d'autant plus les acteurs situés dans les territoires les plus pauvres. Cette précarisation a été accélérée par la suppression des 250 000 emplois aidés CUI-CAE (Contrats d'accompagnement dans l'emploi, « d'emplois aidés ») annoncée par le gouvernement à l'automne 2017, pour partie financés par l'État. Face à ce désengagement public, ce sont les financements privés qui prennent peu à peu, et seulement en partie, la place laissée vacante par l'État. Ces chiffres invisibilisent en outre de réelles disparités entre les grosses fédérations qui disposent de contrats pluriannuels de financement avec l'État, et les petites associations locales, peu professionnalisées et qui déploient leurs activités dans une grande précarité ».²⁴⁰

Le résultat en est une fragilisation avec une dépendance toujours importante à l'égard des pouvoirs publics locaux ou nationaux. La précarité des associations compromet leur vitalité dans la perspective de la résistance à un gouvernement autoritaire.

Il existe aussi un Fonds pour le Développement de la Vie Associative, mais dont la gouvernance et le fonctionnement assurent à l'État une prépondérance.²⁴¹

238. D. Andolfatto et D. Labbé, « La transformation des syndicats français. Vers un nouveau « modèle social » ? », Revue française de science politique, 2006/2 (Vol. 56), p. 281.

239. V. les statistiques de l'OCDE ici : <https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=TUD&lang=fr>

240. Observatoire des libertés associatives, Neutraliser le monde associatif – Enquête sur une injonction à la dépolitisation, 12 février 2026 (disponible ici : <https://libertesassociatives.org/ressource/neutraliser-le-monde-associatif-enquete-sur-une-injonction-a-la-depolitisation>).

241. V. ainsi : "Les demandes sont instruites par l'État. L'instruction est ensuite présentée au comité du FDVA, composé de représentants de tous les ministères – le fonds est interministériel –, de personnalités qualifiées d'associations – choisies par Le Mouvement Associatif et par le ministère – et d'autres personnalités qualifiées issues notamment d'organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA)." [Source : <https://www.fonda.asso.fr/ressources/le-fonds-pour-le-developpement-de-la-vie-associative-role-missions-et-enjeux>].

Comme l'affirme ce rapport, la situation des associations est particulièrement précaire au niveau local, les maires pouvant s'en servir de façon clientéliste.

Au canal du financement, il faut ajouter le canal juridique pour comprendre l'organisation de la dépendance à l'État. Un exemple récent semble emblématique de ce problème : l'agrément d'Anticor, association de lutte contre la corruption. Après six mois de suspens, le gouvernement a finalement renouvelé l'agrément d'Anticor en 2024²⁴² lui permettant d'ester en justice dans les affaires de corruption en substitution du Parquet. Ce type de mécanisme fait donc peser sur la vie associative et la capacité d'action de la société civile un risque. La procédure de l'agrément semble logique, mais elle doit être confiée à une autorité indépendante du politique, la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) semble d'ailleurs le meilleur candidat pour cela puisqu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante, en charge de contrôler les déclarations de situation patrimoniale et les déclarations d'intérêts de certains responsables publics.²⁴³

Il y a encore de multiples formes de reconnaissance comme la reconnaissance d'utilité publique qui permet aux associations de percevoir des dons défiscalisés. Encore une fois, la soumission des associations à certaines procédures assurant qu'elles respectent certaines conditions semble normale. Il faut en revanche soustraire ces procédures à toute influence politique.

On peut encore voir la fascination des ONG françaises pour l'État dans leur composition. Par exemple, le président de Transparency International France est un haut fonctionnaire, comme son prédécesseur. Ce type de lien, très caractéristique de notre pays, n'est pas propice à une posture d'opposition à l'État.

La société civile française est donc faible, d'une part, et dépendante de l'État, d'autre part, ce qui ne favorisera pas sa vitalité en cas d'atteinte à l'état de droit. La liberté d'association est certes protégée constitutionnellement, mais le juge constitutionnel ne s'est pas opposé aux atteintes récentes. Qu'en est-il à présent de l'université ?

7.3 LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DE L'UNIVERSITÉ

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Ce chapitre conclut que la capacité de résistance de l'université française est compromise par de multiples facteurs de dépendance à l'égard de l'État et des intérêts privés. Bien que la liberté académique des enseignants-chercheurs soit constitutionnellement protégée, cette protection est relative. L'université est affaiblie par une dépendance financière et institutionnelle vis-à-vis du pouvoir politique (financements, accréditation des diplômes, composition des instances nationales comme le CNU). Elle est également vulnérable aux pressions du secteur privé, notamment via les « procédures-bâillons » contre lesquelles les chercheurs sont mal protégés en dépit de l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de la directive 2024/1069 du 11 avril 2024 qui cherche à rendre plus difficile les « poursuites stratégiques altérant le débat public » (directive qui n'a pas encore été transposée). Enfin, l'absence d'une culture et d'une régulation des conflits d'intérêts, particulièrement en droit, érode la crédibilité de l'expertise universitaire et affaiblit son rôle de contre-pouvoir impartial. L'ensemble de ces faiblesses rend une mise au pas du monde universitaire, sur le modèle hongrois, sinon probable, du moins possible.

Plusieurs éléments réduisent fortement la capacité de résistance de l'université. L'Université est d'abord affaiblie objectivement par l'État depuis des années avec une baisse des postes, ce qui alourdit encore davantage la charge de travail des universitaires qui ont peu de temps à consacrer à leur rôle de contre-pouvoir. L'université est ensuite très liée et dépendante de l'État central de multiples façons. Enfin, les universitaires

français, à la différence de leurs homologues étrangers, n'ont pas de culture du conflit d'intérêts, particulièrement dans les facultés de droit, ce qui ne place pas les universitaires à l'écoute de la société civile. Ici encore l'université, particulièrement la faculté de droit, est prise entre l'État d'une part et les intérêts puissants de la société. Ces deux derniers points seront traités en priorité ci-dessous.

Avant de traiter des points faibles du droit français dans ce domaine, il faut établir les protections dont bénéficient les universitaires. La liberté d'expression des universitaires est protégée constitutionnellement : « Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques ».²⁴⁴ La liberté d'expression des enseignants-chercheurs est donc protégée constitutionnellement des interventions de l'État qui viendraient la restreindre. Cette indépendance est forte vis-à-vis du public, mais elle est défailante lorsque les attaques viennent d'entreprises privées qui entendraient bâillonner un universitaire en intentant une action contre lui dont les répercussions financières pourraient être telles

242. Arrêté du 5 septembre 2024 portant agrément de l'association ANTICOR en vue de l'exercice des droits de la partie civile.

243. V. Raphaël Maurel dans l'entretien qu'il a donné au journal Capital : « Anticor : « Il faut confier l'agrément des associations anti-corruption à une autorité indépendante », selon l'Observatoire de l'éthique publique », Capital, 23 mars 2021 [Disponible ici : <https://www.capital.fr/economie-politique/anticor-il-faut-confier-lagrément-des-associations-anti-corruption-a-une-autorité-indépendante-selon-l'observatoire-de-l'éthique-publique-1397893>].

244. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur.

qu'elles le réduisent au silence. Ces procédures bâillons ont existé en France, par exemple contre Laurent Neyret en matière environnementale.²⁴⁵ Laurent Neyret a finalement gagné, mais il est à craindre que le « chilling effect » ne fonctionne. De même, Bruno Deffains, qui avait critiqué l'attribution par l'ARCEP d'une nouvelle licence à Free, s'est vu infliger un traitement similaire.²⁴⁶ Ces procédures sont en réalité extrêmement dissuasives.

La portée de la protection constitutionnelle est donc relative. D'autres fragilités doivent être soulignées.

La dépendance à l'État de l'université est subtile, mais réelle, et particulièrement sensible dans les disciplines juridiques. Par exemple, à l'agrégation de droit, il y a toujours le représentant d'une juridiction suprême (Conseil d'État et Cour de cassation). Si les privatistes cultivent une tradition d'opposition à la Cour de cassation, ce n'est pas le cas pour les publicistes, et ce lien avec les juges dans une procédure de recrutement, unique au monde, n'est pas indifférent. De même, la nomination du président du jury de ce concours est faite par le ministre, selon une procédure secrète.

L'existence d'une institution comme le CNU, institution centralisée, comprenant des membres nommés par le ministère, n'est pas vectrice d'une posture d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. L'ensemble de ces institutions centralisées, proches de l'État, ne sont pas une garantie de l'indépendance d'esprit et du pluralisme de la recherche.

De surcroît, l'absence de régulation des conflits d'intérêts universitaires – particulièrement sensibles dans les champs scientifique et juridique – affaiblit l'université comme contre-pouvoir, car elle affaiblit son indépendance. À l'étranger, des mécanismes existent pour garantir l'impartialité des universitaires. C'est particulièrement sensible dans le domaine de la recherche scientifique (sur les médicaments ou les produits phytosanitaires), mais c'est aussi le cas en droit. Cette situation affecte la capacité des universitaires à jouer leur rôle de contre-pouvoir. En effet, l'érosion de la confiance accordée à la parole de l'expert ne peut que discréditer l'institution de manière générale, ce qui en retour la rend moins apte à critiquer efficacement l'action d'un gouvernement éventuellement autoritaire.

Il faut ajouter à ce tableau deux canaux de dépendance forte de l'université française vis-à-vis du pouvoir politique : le canal du financement et le canal des diplômes. Le processus de reconnaissance et d'accréditation des diplômes n'est pas indépendant du pouvoir politique et n'est pas transparent. Le financement de l'enseignement supé-

rieur est encore un canal par lequel l'État central ou les collectivités locales assurent la dépendance du monde universitaire. L'annonce par Laurent Wauquiez du retrait d'une subvention de 100.000 euros par an versée par la région Auvergne-Rhône-Alpes à l'IEP de Grenoble est un exemple de la façon dont on peut, de façon discrétionnaire, sanctionner une institution universitaire pour un mobile purement idéologique.²⁴⁷

Une mise au pas du monde universitaire, sur le modèle hongrois, est-elle possible en France ? Au total, il ressort deux choses : d'une part, la protection des enseignants-chercheurs vis-à-vis du pouvoir politique est forte, mais seulement en droit. Des faiblesses existent : d'une part, les enseignants-chercheurs ne sont pas bien protégés des procédures-bâillon, la directive précitée n'ayant pas encore été transposée ; d'autre part, les institutions publiques de la recherche sont encore trop proches de l'État pour pouvoir jouer un rôle de contre-pouvoir effectif. Il semble que le pouvoir politique ne pourrait pas museler et utiliser le monde universitaire. Cependant, la dépendance trop forte du monde universitaire à l'État n'est pas la garantie d'un rôle de contre-pouvoir.

L'enseignement universitaire privé est en outre aussi maintenu dans la dépendance à travers les procédures d'accréditation des diplômes. Enfin, si le pouvoir utilisait ses relais dans le privé pour attaquer les chercheurs, le cadre juridique serait déficient pour les protéger.

245. P. Robert-Diard, « Liberté d'expression : la justice soutient les chercheurs », *Le Monde*, 3 octobre 2017 [Disponible ici : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/10/03/procedures-baillons-la-cour-d-appel-de-paris-au-soutien-de-la-liberte-d-expression-des-chercheurs_5195406_1653578.html].

246. P. Robert-Diard, La société Free Mobile déboutée de sa plainte contre un professeur d'économie, *Le Monde*, 4 mars 2013 [Disponible ici : https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/04/la-societe-free-mobile-deboutee-de-sa-plainte-contre-un-professeur-d-economie_1842410_3224.html].

247. B. Laemle, S. Lecherbonnier, Sciences Po Grenoble dénonce une décision « politique » après la suspension de financements par Laurent Wauquiez, *Le Monde*, 21 décembre 2021.

MISE AU PAS DU SECTEUR UNIVERSITAIRE : L'« EXEMPLE » HONGROIS

Le 4 avril 2017, la Hongrie a adopté, en urgence, une loi portant modification de la loi relative à l'enseignement supérieur, présentée comme visant à garantir la qualité des activités d'enseignement supérieur, dont le principal objet était de procéder à une refonte du régime d'autorisation applicable aux établissements d'enseignement supérieur étrangers. Qu'ils aient ou non bénéficié d'un agrément antérieur, ces établissements sont désormais soumis à de nouvelles exigences, dont celles examinées par la Cour de justice dans l'affaire C-66/18, Commission c. Hongrie.

Dans son arrêt rendu dans cette affaire le 6 octobre 2020, la Cour, réunie en grande chambre, a accueilli le recours en manquement introduit par la Commission européenne contre cet État membre. La Cour a jugé en particulier que « s'agissant de l'exercice de l'activité des établissements d'enseignement supérieur, que la liberté académique n'avait pas uniquement une dimension individuelle, en ce qu'elle est associée à la liberté d'expression et, plus spécifiquement dans le domaine de la recherche, aux libertés de communication, de recherche et de diffusion des résultats ainsi acquis, mais également une dimension institutionnelle et organisationnelle trouvant son expression dans l'autonomie de ces établissements. Or, la Cour a constaté que les mesures litigieuses étaient susceptibles de mettre en péril l'activité académique des établissements d'enseignement supérieur étrangers concernés sur le territoire hongrois et, partant, de priver les universitaires concernés de l'infrastructure autonome, nécessaire à la conduite de leurs recherches scientifiques et à l'exercice de leurs activités pédagogiques, si bien que lesdites mesures étaient de nature à limiter la liberté académique protégée à l'article 13 de la Charte. De surcroît, la création de ces établis-

sements relève des articles 14, paragraphe 3, et 16 de la Charte et, pour des motifs analogues à ceux qui viennent d'être évoqués, les mesures litigieuses constituent une ingérence dans les droits consacrés par ces dispositions. Ces diverses ingérences n'ayant pas trouvé de justifications au regard de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, la Cour a constaté que la Hongrie avait manqué aux dispositions précitées de celle-ci. »²⁴⁸

Entre-temps, l'université visait par la loi de 2017 a été contrainte de déménager en novembre 2019 l'essentiel de ses activités à Vienne en novembre 2019. Depuis, le gouvernement de M. Orbán a entrepris de privatiser la grande majorité des universités afin de mieux les contrôler via des fondations contrôlées par des proches et sympathisants. Dans une résolution du 25 novembre 2025²⁴⁹, le Parlement européen a rappelé que la Commission a justement considéré que ce contrôle d'établissements d'enseignement supérieur régis par des fiducies d'intérêt public constitue un risque sérieux pour la liberté académique du fait de l'influence exercée par les pouvoirs législatif ou exécutif, directement ou indirectement, notamment sur les nominations, les programmes d'enseignement, les projets de recherche et les publications. Le Parlement a par ailleurs rappelé qu'une de ses commissions, suite à une mission sur place, a intérieures a fait part de ses préoccupations concernant l'érosion de la liberté académique et le contrôle accru sur l'éducation et la recherche en Hongrie, notamment l'interdiction pour les enseignants de faire grève, la possibilité de licencier arbitrairement les enseignants, le contrôle idéologique des programmes scolaires, le recul de l'autonomie des universités en matière de recherche et la marginalisation de certains groupes d'étudiants.

Pour conclure, la proximité de la société civile avec l'État à la fois par les canaux financiers, institutionnels et juridiques affaiblit la société civile et obère sa capacité de réaction aux dérives populistes.

Concernant les médias tout d'abord, il serait nécessaire d'assurer, pour les médias privés, l'indépendance des rédactions vis-à-vis des propriétaires pour éviter qu'une « entente » entre le pouvoir politique et certains oligarques n'aboutisse à supprimer toute opposition. Il faut en outre réfléchir à une conception beaucoup plus riche et contraignante du pluralisme dans l'espace public : interdiction des fusions, interdiction pour une même personne de détenir un titre de presse, une chaîne et une radio, et des canaux numériques. Enfin, il conviendrait de réfléchir à l'intégration de la société civile comme contre-pouvoir dans ces sociétés. Pour les médias publics, il serait souhaitable de couper tout lien entre le président de la République, et les politiques en général et les présidents des chaînes. Ces présidents pourraient être nommés démocratiquement sur un programme qu'ils présenteraient publiquement.

Ensuite, en ce qui concerne la société civile, les atteintes à la liberté d'association grandissent. Le Conseil constitutionnel n'a pas freiné une évolution inquiétante. En outre, les liens entre l'État et les associations sont déjà trop étroits pour garantir leur rôle de contre-pouvoir. Le monde associatif, dans de nombreux domaines, est capturé par l'État français. Toutes les procédures affectant la création, l'exercice et la dissolution des associations devraient être diligentées devant le juge judiciaire. De surcroît, toutes les questions de financement devraient être traitées par une autorité administrative indépendante, afin d'exclure les jeux politiques.

Concernant, enfin, l'université, il est clair que le statut des enseignants-chercheurs est protecteur. Cependant, il conviendrait de rendre la protection fonctionnelle obligatoire en cas de procédure-bâillon émanant d'un acteur privé. Les liens entre le pouvoir politique et l'université devraient être limités ou exercés à travers des autorités indépendantes du pouvoir politique.

248. Cour de justice, communiqué de presse no 125/50, 6 octobre 2021.

249. Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2025, op. cit., paras L et AR.

RECOMMANDATIONS

Le constat d'une fragilisation des contre-pouvoirs non institutionnels en France, qu'il s'agisse des médias, de la société civile ou de l'université, appelle à des réformes structurelles pour renforcer la résilience de notre démocratie face à une éventuelle dérive autoritaire. Les analyses développées dans ce rapport soulignent une dépendance croissante de ces corps intermédiaires vis-à-vis de l'État et des puissances économiques, ainsi qu'un cadre juridique dont les faiblesses pourraient être exploitées. En réponse, nous formulons deux axes de réforme majeurs, visant à garantir le pluralisme de l'information et à préserver l'autonomie de la société civile.

Recommandations - Chapitre 7.1

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 - Constitutionnaliser le principe de l'information comme « bien commun » : Inscrire dans la Constitution que l'accès à une information libre, pluraliste et indépendante est une condition fondamentale de la démocratie, afin de donner une base solide aux lois anti-concentration et de protection des journalistes.

Recommandation n° 2 - Garantir l'indépendance de l'autorité de régulation de l'audiovisuel et du numérique : Modifier la composition et le mode de nomination des membres de l'ARCOM pour couper le lien avec le pouvoir exécutif et les présidences des assemblées, en s'inspirant de modèles garantissant une plus grande indépendance (ex: nomination par des majorités qualifiées, intégration de la société civile, des journalistes et de magistrats).

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 3 - Assurer l'indépendance des rédactions : Adopter une loi-cadre garantissant l'indépendance des rédactions vis-à-vis des actionnaires, en renforçant le droit d'opposition des journalistes aux décisions éditoriales contraires à l'éthique professionnelle et en créant des comités d'éthique et d'indépendance au sein de chaque média.

Recommandation n° 4 - Lutter contre la concentration des médias : Renforcer la législation anti-concentration en abaissant les seuils de détention capitalistique, en interdisant la détention croisée (presse, audiovisuel, édition, numérique) par un même acteur, et en donnant à l'Autorité de la concurrence des pouvoirs d'injonction et de démantèlement plus forts.

Recommandation n° 5 - Favoriser un statut non lucratif pour les médias : Créer un statut de « société de média à but non lucratif » ou de fondation, et conditionner l'éligibilité aux aides directes et indirectes à la presse à l'adoption de ce statut, afin de sortir l'information de la pure logique de marché.

Recommandation n° 6 - Protéger les journalistes et leurs sources : Renforcer la protection des sources des journalistes et créer un dispositif de protection contre les « procédures-bâillons » (SLAPP), en prévoyant des sanctions contre les recours abusifs. Il sera possible de profiter de la transposition prochaine de la directive sur les procédures-bâillons qui contient des éléments intéressants mais qu'il convient de bien étudier pour permettre aux juges de se l'approprier.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE MODIFICATION RÉGLEMENTAIRE

Recommandation n° 7 - Réformer l'attribution des aides à la presse : Rendre la gouvernance du Fonds stratégique pour le développement de la presse (FSDP) et des autres dispositifs d'aide totalement transparente et indépendante, en la confiant à une commission où siègent des représentants de la profession, des experts indépendants et des membres de la société civile, sur la base de critères objectifs.

Recommandation n° 8 - Intégrer la société civile dans la gouvernance des médias publics : Créer par décret des organes de consultation ou de représentation de la société civile (associations, syndicats, usagers) au sein des conseils d'administration des entreprises de l'audiovisuel public pour y faire entendre les attentes des citoyens.

Recommandations - Chapitre 7.2

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 - Renforcer la protection de la liberté d'association : Compléter le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la liberté d'association pour préciser que toute dissolution ou suspension d'une association, ainsi que le retrait de financements publics pour des motifs liés à son objet ou à ses actions, relèvent de la compétence exclusive du juge judiciaire.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 2 - Abroger le contrat d'engagement républicain : Supprimer les dispositions de la loi du 24 août 2021 qui conditionnent l'octroi de subventions publiques à la signature de ce contrat, afin de mettre fin à un contrôle administratif discrétionnaire sur l'objet et les actions des associations.

Recommandation n° 3 - Abroger l'extension des motifs de dissolution administrative (l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure) pour en retirer la notion d'« agissements violents à l'encontre des biens », afin de recentrer la procédure de dissolution sur son objectif originel de protection de la République contre les menaces armées et non sur le maintien de l'ordre public.

Recommandation n° 4 - Transférer la gestion des agréments à une autorité indépendante : Retirer au pouvoir exécutif la compétence d'attribuer des agréments spécifiques (comme celui permettant d'ester en justice pour les associations anti-corruption) et la confier à une autorité administrative indépendante comme la HATVP ou une commission ad hoc, sur la base de critères objectifs et transparents.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE MODIFICATION RÉGLEMENTAIRE

Recommandation n° 5 - Réformer la gouvernance des fonds de soutien à la vie associative : Assurer que la gouvernance du Fonds pour le Développement de la Vie Associative (FDVA) soit assurée par une instance majoritairement composée de représentants du monde associatif, élus par leurs pairs, afin de limiter l'emprise de l'État sur l'attribution des financements.

Recommandations - Chapitre 7.3 **RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT** **UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION**

Recommandation n° 1 - Préciser la portée de la liberté académique : Inscrire dans la Constitution que la liberté académique inclut une dimension institutionnelle garantissant l'autonomie des établissements d'enseignement supérieur (autonomie scientifique, pédagogique, administrative et financière) et une protection explicite contre les ingérences politiques et économiques.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, **A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE**

Recommandation n° 2 - Réformer la composition du Conseil national des universités (CNU) : Modifier la loi pour que les membres du CNU soient exclusivement élus par leurs pairs, en supprimant le contingent de membres nommés par le ministère, afin de garantir l'indépendance de l'instance de qualification et de suivi des carrières des enseignants-chercheurs. Prévoir aussi la transparence du fonctionnement du CNU.

Recommandation n° 3 - Rendre la protection fonctionnelle obligatoire contre les procédures-bâillons : Inscrire dans le Code de l'éducation l'obligation pour les établissements de fournir la protection fonctionnelle (prise en charge des frais de justice) aux enseignants-chercheurs visés par des procédures judiciaires manifestement abusives en lien avec leurs activités de recherche et d'expression académique.

Recommandation n° 4 - Instaurer une régulation des conflits d'intérêts : Adopter une loi imposant aux universitaires, notamment dans les domaines sensibles (santé, environnement, droit, économie), de déclarer publiquement leurs liens et intérêts avec des acteurs privés. Confier à la HATVP ou à un comité de déontologie indépendant le soin de contrôler ces déclarations et de prévenir les conflits.

Recommandation n° 5 - Rendre indépendant le processus d'accréditation des diplômes : Confier l'évaluation et l'accréditation des formations et des diplômes (y compris pour les établissements privés) au Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (Hcéres), en garantissant son indépendance et en rendant ses avis contraignants.

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, **A MINIMA, UNE MODIFICATION RÉGLEMENTAIRE**

Recommandation n° 5 - Dépolitiser les jurys de concours de recrutement : Modifier par décret les modalités de composition des jurys des concours de recrutement (notamment l'agrégation) pour en retirer les membres de droit représentant des institutions étatiques ou des grands corps, afin d'assurer une évaluation purement académique des candidats.

08. LE SYSTÈME ÉLECTORAL FRANÇAIS

David Biroste

Docteur en droit
public, Aix-Marseille
Université

Résumé analytique

- Le système électoral français, bien ancré dans la tradition démocratique depuis 1958, présente des vulnérabilités structurelles face au risque d'un choc autoritaire.
- Les points critiques du cadre électoral actuel sont mis en lumière : la faible protection constitutionnelle des règles électorales, la dépendance de l'organisation des élections à l'exécutif, la compétence partagée et parfois instable des juridictions électorales, la marge de manœuvre excessive du duo gouvernement-législateur en matière de découpage des circonscriptions et de choix des modes de scrutin, ainsi que les failles dans le contrôle du financement politique.
- Pour renforcer la résilience du système et prévenir toute instrumentalisation du légalisme par une majorité autocratique, il est proposé de procéder à la modification de plusieurs dispositions constitutionnelles et/ou législatives.
- Ces recommandations sont inspirées de bonnes pratiques comparées et internationales. Elles visent à objectiver, à dépolitiser les processus électoraux et à renforcer les garde-fous institutionnels.
- Leur mise en œuvre avant le cycle électoral de 2027 apparaît cruciale pour préserver l'intégrité du modèle démocratique français.

Le Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme rappelle l'importance de la tenue d'élections libres à échéances régulières. Les États membres de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), « reconnaissent que la démocratie pluraliste et l'État de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » : « la démocratie est un élément inhérent à l'État de droit », d'où l'importance du « pluralisme des organisations politiques. »²⁵⁰ Se fondant sur ces travaux, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) considère également que « la démocratie est inhérente à l'État de droit ».²⁵¹

De son côté, la France est une république démocratique solide depuis 1958. L'article 3 de la Constitution dispose ainsi que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et que « le suffrage peut être direct ou indirect [et] toujours universel, égal et secret. ». Mais, dans un contexte mondial et européen marqué par la fragilisation des démocraties libérales, et à la veille du cycle électoral de 2027, il est opportun de s'interroger sur la capacité de résistance

du système électoral français à un choc autoritaire.

Le système électoral peut être entendu comme l'ensemble des normes, des institutions et des protagonistes qui interviennent dans les scrutins politiques (élections et référendums). Issue d'une histoire particulière, celle de la France, l'organisation de notre système électoral est singulière à bien des égards pour nombre de nos voisins européens. Ainsi, les élections sont généralement supervisées et coorganisées par le ministère de l'Intérieur (et non par une administration indépendante de l'exécutif), plusieurs élections connaissent un scrutin majoritaire uninominal à deux tours (départementales, législatives, présidentielle, sénatoriales dans les départements élisant moins de trois sénateurs) et trois juges différents sont susceptibles d'intervenir dans les affaires électorales (judiciaire, administratif et constitutionnel).

Quelles sont les vulnérabilités les plus sensibles du système électoral français ? Autrement dit, quelles sont les faiblesses qui pourraient être exploitées par une majorité autocratique au Palais Bourbon qui aurait décidé de recourir au légalisme autocratique en vue de transformer un régime démocratique libéral en un régime que les politologues qualifient, selon les écoles, d'« autoritarisme compétitif »²⁵², d'« autocratie électorale »²⁵³, de « démocratie illibérale »²⁵⁴ ou encore de « démocratie »²⁵⁵ ? Le cadre normatif électoral est essentiellement constitué de dispositions législatives ordinaires et réglementaires. Il comporte finalement assez peu de dispositions législatives organiques et constitutionnelles (essentiellement pour le scrutin présidentiel). Or, ce sont des normes de cette nature qui vont pouvoir entraver un projet politique délibérément régressif en matière d'État de droit, porté seulement par une majorité législative. La première mesure qu'il semble judicieux d'envisager consiste à « sécuriser » davantage les lois organiques portant sur l'organisation des scrutins et la vie politique, c'est-à-dire de prévoir que celles-ci devront « être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées », à l'instar des lois organiques relatives au Sénat.

La capacité de résistance du système électoral français sera examinée sous quatre angles : l'administration des élections (8.1), le contrôle juridictionnel des élections (8.2), la délimitation des circonscriptions électorales et le choix des modes de scrutin (8.3), le financement de la vie politique (8.4).

250. OSCE, Document de Copenhague, 5 au 29 juin 1990, pp. 2 et 4.

251. Commission de Venise, Rapport sur la prééminence du droit, Étude n° 512/2009, 25-26 mars 2011, § 26.

252. Steven Levitsky et Lucan A. Way, « The Rise of Competitive Authoritarianism », *Journal of Democracy*, Vol 13, N° 1, Avril 2002, pp. 52-54.

253. Anna Lührmann, Marcus Tannenberg et Staffan I. Lindberg, « Regimes of the World (RoW): Opening New Avenues for the Comparative Study of Political Regimes », *Politics and Governance*, Vol 6, N° 1, 2018, pp. 62-64.

254. Justine Lacroix, « Une démocratie sans libertés ? Réflexions sur la notion de démocratie illibérale », in *Les valeurs de l'Europe, un enjeu démocratique*, éd. Collège de France, 2024, p. 15.

255. Thomas Hochmann, « Cinquante nuances de démocraties », *Pouvoirs*, n° 169, 2019, p. 20.

8.1 L'ADMINISTRATION DES ÉLECTIONS

La vulnérabilité identifiée comme la plus grave et la plus durable, par les organisations internationales, concerne l'autorité organisatrice des élections. En effet, la politisation de l'administration chargée d'organiser les scrutins entraîne la fin de sa neutralité et donc accentue le risque qu'elle devienne un instrument au service du pouvoir en place, au détriment de l'opposition. D'ailleurs, dans son tout récent rapport annuel, l'institut V-Dem constate que les « attaques contre l'autonomie des organes de gestion des élections » sont de plus en plus fréquentes dans 25 des 44 pays en voie d'autocratisation, dont la Hongrie et la Roumanie.²⁵⁶

Dans les pays bénéficiant d'une « longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique », la Commission de Venise considère qu'il est « d'usage, et admissible, que les opérations électorales soient organisées par l'administration, et notamment qu'elles soient supervisées par le ministère de l'Intérieur. »²⁵⁷ Ainsi, en France, l'administration centrale de l'État organise les élections avec l'aide des administrations déconcentrées et de diverses commissions.²⁵⁸ Plus précisément, les ministères à la manœuvre sont ceux de l'Intérieur, des Outre-mer et/ou des Affaires étrangères selon que les scrutins se déroulent dans l'Hexagone, dans les territoires ultra-marins et/ou à l'étranger.²⁵⁹ Ces administrations centrales sont secondées localement par deux catégories d'entités : d'une part, les préfectures et hauts-commissariats²⁶⁰ ; d'autre part, les communes qui établissent et mettent à jour les listes électorales et qui organisent les bureaux de vote. En outre, en application du code électoral, plusieurs commissions, composées d'au moins un magistrat, interviennent à différents stades du processus électoral : les commissions de propagande, les commissions de contrôle des opérations de vote (dans les villes de plus de 20 000 habitants) ou encore les commissions de recensement des votes. Enfin, d'autres acteurs peuvent intervenir dans le processus électoral : l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) gère le répertoire électoral unique (REU) depuis 2016 et est rattaché au ministère de l'Économie ; la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) contrôle le financement des campagnes électorales ; l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) organise les campagnes audiovisuelles en mettant à disposition des candidats ou des partis politiques les moyens de l'audiovisuel public ; la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) enregistre et contrôle les déclarations d'intérêts et de patrimoine de nombreux élus ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et son observatoire des élections jouent désormais un rôle important dans les campagnes électorales ; et, spécifiquement pour le scrutin présidentiel, la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale en vue de l'élection présidentielle (CNCCEP). L'administration des élections est ainsi bien réglée depuis des décennies.

Mais, toutes les autorités précitées et la répartition de leurs attributions relèvent simplement de la loi ordinaire et du pouvoir réglementaire. Par conséquent, cette architecture présente une fragilité structurelle majeure : **si une**

majorité autocratique arrive à l'Assemblée nationale par la voie des urnes, elle pourra aisément réviser les nombreuses dispositions législatives ordinaires encadrant la composition et les attributions des organes de gestion des processus électoraux. Par ailleurs, les ministres de l'Intérieur, des Affaires étrangères, de la Justice et de l'Économie seront nécessairement des acteurs politiques partisans ; nommés par le chef de l'État et le Premier ministre, ils dirigeront les administrations chargées de coordonner l'organisation des scrutins et ils pourront faire pression sur celles-ci.

UN QUATRIÈME POUVOIR « ÉLECTORAL » EN AMÉRIQUE LATINE

En Amérique centrale et en Amérique du Sud, nombreux sont les pays qui ont institué, à côté des trois pouvoirs traditionnels chers à Montesquieu (législatif, exécutif, judiciaire), un véritable quatrième pouvoir, dédié à l'administration des élections et aux litiges qui en découlent. Par exemple, au Pérou, le « système électoral a pour but d'assurer que les votes traduisent l'expression authentique, libre et spontanée des citoyens » : il est composé de l'Office national des processus électoraux, du Registre national de l'identification et de l'état civil, ainsi que du Jury National des Élections qui rend la justice électorale (Constitution, articles 176 à 178). En Bolivie, le pouvoir électoral est confié à l'Organe électoral plurinational qui est compétent pour organiser et contrôler tous les types de scrutin, ainsi que pour gérer le registre électoral national (Constitution, articles 12 et 205 à 208). En Équateur, le « pouvoir électoral » est composé d'une part du Conseil national électoral, qui organise les processus électoraux avec l'aide d'organes électoraux décentralisés, et d'autre part du Tribunal des litiges électoraux, qui « résout les recours électoraux » (Constitution, articles 217 à 221). Au Costa Rica, « l'organisation, la direction et le contrôle des actes relatifs au suffrage relèvent exclusivement du Tribunal suprême électoral, qui jouit d'une indépendance totale » (Constitution, articles 9 et 99 à 103).

256. Varieties of Democracy (V-Dem), Democracy Report 2026. Unraveling The Democratic Era?, Göteborg, Mars 2026, p. 26.

257. Commission de Venise, Code de bonne conduite en matière électorale, 18-19 octobre 2002, CDL-AD(2002)023.

258. Une exception notable concerne l'élection présidentielle et les référendums nationaux : des dispositions de nature organique confient à celui-ci la responsabilité de l'organisation de ces scrutins (loi organique n° 62-1292 modifiée relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel et ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

259. Le ministère de la Justice intervient aussi pour faire voter les détenus non privés de leurs droits civiques.

260. Avec un rôle de conseil juridique aux communes et candidats, d'assistance des commissions de propagande chargées de valider et envoyer aux électeurs la propagande officielle des candidats, d'enregistrement des candidatures hors élections présidentielles et européennes, de centralisation et transmission à Paris des résultats électoraux les soirs de scrutin.

Une solution consisterait à s'inspirer des exemples étrangers qui ont mis en place une administration électorale permanente et indépendante du pouvoir exécutif, comme en Espagne, au Canada ou encore dans plusieurs pays d'Amérique latine. Seul un vote conforme des deux chambres parlementaires pourrait empêcher tout retour en arrière à la seule discrétion de la majorité du Palais Bourbon. Donc, une loi organique devrait créer cette autorité administrative indépendante (AAI)²⁶¹ qui pourrait être composée d'un collège de huit personnes nommées pour un mandat de six ans : six magistrats désignés respectivement par le Conseil d'État pour le premier tiers, la Cour des comptes pour le second tiers et la Cour de cassation pour le dernier tiers, ainsi que deux hauts fonctionnaires désignés par l'Assemblée nationale pour le premier et par le Sénat pour le second. Chaque parti politique représenté au sein du Parlement y aurait un représentant sans voix délibérative. Le président de l'autorité serait élu par le collège et disposerait d'une voix prépondérante en cas d'égalité. Cette AAI disposerait d'un budget autonome qu'elle définirait elle-même et que le Parlement serait obligé d'adopter sans l'amender. Elle serait organisée localement

par une représentation dans chaque département et dans chaque collectivité d'outre-mer. Elle assurerait les missions électorales dévolues actuellement au ministère de l'Intérieur, au ministère des Affaires étrangères et au ministère de la Justice, ainsi qu'aux préfetures et à l'INSEE pour ce qui est du REU, ou encore à la CNCCEP et au Conseil constitutionnel en ce qui concerne l'élection présidentielle.²⁶² Elle reprendrait bien entendu les compétences du Conseil constitutionnel en matière d'organisation des scrutins présidentiels et référendaires. Les personnels nécessaires lui seraient transférés depuis les administrations centrales et les préfetures.

Par ailleurs, les dispositions légales encadrant l'existence et les missions des autres autorités administratives indépendantes intervenant en matière électorale (CNCCEP, ARCOM, HATVP, CNIL) devraient être élevées également au rang de loi organique. Pour assurer leur stricte indépendance, le Parlement veillerait à prévoir systématiquement, à cette occasion, que les présidents de ces autorités seront élus par leurs collèges respectifs et ne seront donc plus désignés par décret du chef de l'État.

8.2 LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES ÉLECTIONS

Dans un régime démocratique, la deuxième vulnérabilité la plus dangereuse du système électoral réside dans la neutralisation de l'indépendance des juridictions compétentes pour statuer sur les protestations électorales. Ce phénomène de « capture des institutions de contrôle » a été observé en Hongrie depuis 2010 et en Pologne entre 2015 et 2023.

En France, les contentieux des scrutins présidentiels, parlementaires et référendaires sont confiés au Conseil constitutionnel par les articles 58, 59 et 60 de la Constitution.²⁶³ Pour ces votations, l'indépendance du juge électoral semble garantie dans le scénario envisagé de choc autoritaire résultant d'une majorité autocratique concordante à l'Élysée et au Palais Bourbon : cette majorité ne disposerait pas en effet des leviers suffisants pour réformer la Constitution.

Toutefois, deux points pourraient être améliorés en vue de renforcer les garanties entourant le contentieux électoral constitutionnel. L'indépendance du Conseil constitutionnel pourrait être davantage développée si, d'une part, son président était élu par ses pairs (fin de la désignation par décret du président de la République) et, d'autre part, si la catégorie des membres de droit (anciens chefs de l'État) disparaissait enfin comme le réclame la quasi-unanimité de la doctrine depuis de longues années.

S'agissant du juge administratif, une modification du cadre légal s'impose pour garantir sa compétence dans le domaine électoral. En effet, la jurisprudence du

Conseil constitutionnel des années 1980 a explicitement consacré l'indépendance de la juridiction administrative à travers un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais seulement dans le contentieux objectif de l'annulation ou de la réformation des décisions administratives (auquel n'appartient pas le contentieux électoral).²⁶⁴ **Or, les attributions du juge électoral administratif relèvent de la loi ordinaire, et peuvent donc être modifiées par une majorité parlementaire.**²⁶⁵

A minima, le Parlement devrait voter une loi organique reprenant les dispositions législatives qui octroient à la juridiction administrative le contentieux des scrutins politiques européens et locaux, ainsi que de ceux référendaires (en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution).

261. Une disposition constitutionnelle pourrait être créée pour sanctuariser l'existence des AAI : cette disposition ne comporterait pas la liste des AAI, mais uniquement le nom de celle en charge des élections, afin de laisser au Parlement la liberté d'en créer et d'en supprimer au gré des besoins de la société française et des politiques publiques. Voir aussi supra Chapitre 7 : Autorités administratives indépendantes et autres autorités de régulation.

262. Article 3 de la loi organique n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel.

263. Dispositions complétées par les articles 30 à 51 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 précitée.

264. Cons. const., déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Validation d'actes administratifs, et Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence (Loïc Philip et Louis Favoreu, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 1999, p. 424 et p. 714).

265. Code électoral, articles L. 222 (élections départementales), L. 248 et L. 250 (élections municipales), L. 381 (élections régionales), L. 566 (consultations organisées en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution) ; Code de justice administrative (CJA) : articles L. 31-3 (élections des députés européens, élections régionales, élections territoriales en outre-mer, élections des conseillers et délégués consulaires et des conseillers à l'Assemblée des Français de l'étranger, consultations organisées en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution).

8.3 LA DÉLIMITATION DES CIRCONSCRIPTIONS ÉLECTORALES ET LE CHOIX DES MODES DE SCRUTIN

L'expérience comparée montre que les risques d'altération de la sincérité des élections, de la liberté de vote et de l'égalité de suffrage se retrouvent également dans le processus du découpage des circonscriptions et dans l'acte de détermination des modes de scrutin.²⁶⁶

S'agissant de la délimitation des circonscriptions électorales, le Conseil constitutionnel a consacré l'exigence d'équilibre démographique : les circonscriptions législatives doivent être dessinées « selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage » ; en effet, chaque département doit avoir au moins un député et la population d'une circonscription ne doit pas être inférieure ou supérieure de 20 % à la moyenne des circonscriptions du département ; en outre, « si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ».²⁶⁷ De son côté, le juge constitutionnel restreint son examen au seul principe d'égalité démographique et s'abstient, pour l'heure, de vérifier l'existence d'un « charcutage » géographico-électoral (gerrymandering en anglais). En 2010, lors de la dernière modification du tracé des circonscriptions législatives, le gouvernement a été accusé d'avoir procédé à un découpage électoral partisan avec un échange de deux groupes de 17 000 électeurs entre deux circonscriptions voisines de Moselle, pour des raisons électoralistes et sans aucune nécessité démographique : la Commission prévue à l'article 25 de la Constitution et le Conseil d'État ont rendu des avis négatifs sur cette permutation, mais le gouvernement a maintenu cette modification dans l'ordonnance et qui a été **ratifiée ensuite par le Parlement (ce qui nécessite donc une majorité au Parlement)** malgré les protestations de l'opposition. Enfin, aucune disposition n'impose au Législateur une révision chronique des limites des circonscriptions. Cette situation est vivement critiquée par la doctrine : il a pu être proposé que la France prenne exemple sur des pays comme l'Allemagne, la Nouvelle-Zélande ou le Royaume-Uni, dans lesquels une autorité administrative indépendante est compétente pour remodeler les circonscriptions législatives en fonction du dernier recensement, tous les cinq ou six ans.²⁶⁸ Dans le but de dépolitiser ce processus et d'y ramener de la sérénité, de faire cesser les suspicions et de supprimer la tentation coupable pour le gouvernement de « tripatouiller » les contours des circonscriptions législatives, il est proposé de retirer au Parlement cette compétence et de la transmettre à l'AAI chargée d'organiser les scrutins : l'avis consultatif de la Commission de l'article 25 serait maintenu. La mise à jour du redécoupage des circonscriptions législatives deviendrait obligatoire tous les 10 ans en fonction de l'évolution de la démographie. La nouvelle carte électorale résulterait alors d'une décision d'une autorité collégiale nationale dont le contentieux relèverait du Conseil d'État en premier et dernier ressort.

S'agissant des modes de scrutin, seule l'élection présidentielle est protégée par le verrou constitutionnel : l'article 7 de la Constitution comporte plusieurs dispositions qui sont elles-mêmes complétées par l'article 3 de la loi organique n° 62-1292 du 6 novembre 1962. Mais tous les autres modes de scrutin relèvent de la loi ordinaire. Cette situation reflète à la fois une grande souplesse du système électoral français, qui laisse au Parlement la liberté de changer les

LE DÉCOUPAGE PARTISAN DES CIRCONSCRIPTIONS LÉGISLATIVES EN HONGRIE

Depuis 2011, Viktor Orbán s'est employé à modifier les règles de la vie politique, en particulier en redessinant à son avantage les circonscriptions dans lesquelles sont élus les députés : le poids électoral des campagnes, où le Fidesz est plus populaire, est systématiquement renforcé artificiellement. Dernier exemple en date, en vue des élections législatives d'avril 2026, une loi cardinale de 2024 a été adoptée afin, officiellement, de garantir l'égalité de suffrage par la mise à jour desdites circonscriptions conformément à l'évolution de la démographie. Cependant, cette réforme a aggravé au contraire les disparités entre certaines circonscriptions, notamment entre le centre et de périphérie de Budapest : des experts ont confirmé l'utilisation de manœuvres telles que le cracking (division des bastions de l'opposition), le packing (concentration de l'opposition dans un minimum de circonscriptions) et le mixing (réunion de populations politiquement opposées dans le but de diluer l'impact du vote d'un groupe).²⁶⁹

règles d'élection à tout moment, et une grande fragilité. Autrement dit, les modes de scrutin français sont juridiquement malléables. Un mode de scrutin est crucial parce qu'il détermine la façon dont les suffrages sont convertis en sièges. Il est donc un des premiers dispositifs à être modifiés par une nouvelle majorité autocratique en recherche de consolidation durable. **Une majorité au Palais Bourbon, même relative, peut ainsi changer les règles du jeu rapidement et facilement.** En Hongrie par exemple, à partir de 2011, la nouvelle majorité a révisé le mode scrutin des élections législatives afin d'amplifier les résultats des urnes : en passant au scrutin uninominal à un seul tour dans certaines circonscriptions, on favorise le vote utile et on peut remporter des scrutins à la majorité relative ; par ailleurs, en ajustant les seuils pour l'attribution de sièges, on peut éliminer des adversaires ou les empêcher de se coaliser : dans la circonscription nationale unique, qui attribue près de la moitié des sièges au scrutin proportionnel, le seuil de représentation est de 5 % pour une liste présentée par un candidat, mais ce seuil passe à 10 % pour une liste d'union soutenue par deux partis politiques, et atteint même 15 % pour une liste présentée par trois formations politiques ou plus ; ce mécanisme décourage les coalitions. Pour réduire les risques en France, il convient de renforcer l'encadrement des modes de scrutin en leur conférant un statut légal organique. Dans la même optique, il pourra être envisagé d'agir à l'identique à propos de la règle selon laquelle il ne peut être procédé à une modification du

266. Sur les actes préparatoires à un référendum, voir supra Chapitre 4 : La séparation entre l'exécutif et le législatif [§ 4.2].

267. Cons. const., déc. n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, § 23.

268. André Roux, « Le découpage des circonscriptions législatives en droit comparé », Mélanges Charles Cadoux, PUAM, 1999, p. 305.

269. Commission de Venise, Hongrie – Avis sur la loi LXXIX de 2024 portant amendement de certaines lois en matière d'élections, CDL-AD(2025)018, 16 juin 2025.

régime électoral ou du périmètre des circonscriptions dans l'année qui précède une élection (Code électoral, article L. 567-1 A).

Enfin, pour éviter toute **tentation d'une majorité parlementaire autocratique de manipuler les calendriers électoraux**, il conviendrait de donner un rang organique aux dispositions législatives ordinaires du code électoral qui fixent la durée des mandats

locaux et donc le calendrier électoral.²⁷⁰ Ainsi, tout allongement de la durée d'un mandat local et tout report d'une élection locale ne pourraient être décidés que par un vote conforme des deux chambres du Parlement. Sur ce point, les élections nationales sont déjà protégées puisque la durée du mandat présidentiel est déterminée par l'article 6 de la Constitution et celles des mandats parlementaires par les articles LO 121 et LO 275 du code électoral.

8.4 LE FINANCEMENT DE LA VIE POLITIQUE

Les règles encadrant le financement des campagnes électorales et des partis politiques jouent un rôle primordial dans le bon fonctionnement de notre système électoral et la qualité de notre vie démocratique. Elles découlent du corpus législatif ordinaire. **Dès lors, dans l'hypothèse d'un scénario où la majorité parlementaire soutient une capture autoritaire progressive, la révision de certaines règles financières serait aisée.**

En Hongrie en 2025, la majorité de Viktor Orbán a mis fin au plafond des dépenses électorales. Selon l'ONG Liberties, ce choix « amplifie les risques de corruption en ouvrant la voie à des dépenses incontrôlées, y compris à d'éventuels détournements de fonds publics ou à des financements oligarchiques pour influencer les élections. [...] au lieu de remédier aux lacunes connues de son cadre d'intégrité, la Hongrie a fait marche arrière en 2025 sur des points clés, en adoptant des mesures qui réduisent le contrôle démocratique et la transparence, contrairement aux recommandations de l'UE et aux meilleures pratiques internationales ».²⁷¹

Pour éviter cette situation dans l'Hexagone, il conviendrait dans l'idéal de conférer le statut de loi organique votée « dans les mêmes termes par les deux assemblées » à la fois à la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique et à la partie législative du code électoral consacrée au « financement et plafonnement des dépenses électorales ».

Mais dans l'immédiat, trois types de mesures législatives organiques seraient à prendre. Premièrement, il faut renforcer les moyens de contrôle de la CNCCFP en lui permettant d'abord de consulter le fichier national des comptes bancaires et assimilés (FICOBA) ; en l'autorisant ensuite à être destinataire des informations de Tracfin (Code monétaire et financier, article L. 561-31) ; et en prévoyant enfin un droit de communication envers les opérateurs de plateforme en ligne de réseaux sociaux pour l'application de l'interdiction de la publicité électorale (Code électoral, article L. 52-1). Deuxièmement, il est temps de protéger les financements politiques contre les ingérences en habilitant d'abord la CNCCFP à exiger des prêteurs qu'ils justifient l'origine de leurs fonds ; en interdisant ensuite les prêts à un candidat ou à un parti politique et les cotisations aux formations politiques provenant de personnes physiques étrangères ne résidant pas en France²⁷² ; et en plafonner enfin le montant des prêts consentis par des personnes physiques (pour éviter les risques de dépendance).²⁷³ Troisièmement, il devient urgent de créer une banque de la démocratie, promise en 2017, qui serait gérée par la Caisse des dépôts et consignations afin de faciliter le crédit souverain pour les formations politiques et les candidats.

Enfin, une réforme protectrice du système électoral français pourrait consister à accorder une protection constitutionnelle supérieure aux principes électoraux déjà constitutionnalisés, en empêchant le pouvoir constituant dérivé d'y porter atteinte :

UNE NOUVELLE MENACE EN CE QUI CONCERNE L'INTÉGRITÉ DES PROCESSUS ÉLECTORAUX : CONTENU POLITIQUE GÉNÉRÉ PAR L'IA

Dans une résolution du 25 novembre 2025 relative à l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, les députés européens ont mis en garde contre l'utilisation croissante de contenus politiques non signalés générés par l'IA en Hongrie avant les élections de 2026. Le Parlement a notamment dénoncé « la publication délibérée d'hypertrucages (vidéos de type « deepfake ») sur les médias sociaux étroitement liés au parti politique et à la campagne du Premier ministre, ainsi que leur amplification coordonnée par l'intermédiaire de comptes affiliés afin d'en maximiser la portée et l'impact sur le public » et souligné « que l'utilisation délibérée de contenus générés par l'IA pour tromper les électeurs, discréditer ses opposants politiques et fausser l'intégrité des processus électoraux peut aller à l'encontre des normes électorales nationales et représente une grave menace pour l'équité des élections démocratiques ainsi que pour la crédibilité des institutions démocratiques dans leur ensemble ».²⁷⁴

dès lors, ils ne pourraient être révisés ou remis en cause que par le pouvoir constituant primaire à l'occasion de l'adoption d'une nouvelle Constitution. Actuellement, plusieurs principes démocratiques et électoraux sont inscrits aux articles 1²⁷⁵, 3²⁷⁶, 4²⁷⁷, 6²⁷⁸ et 25 (dernier alinéa)²⁷⁹ de notre Loi fondamentale. Il suffirait de compléter le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution par la formule suivante : « , ainsi que les principes énoncés aux articles 1, 3, 4, 6 et 25 (dernier alinéa) ».

270. En ce qui concerne l'élection présidentielle et les élections parlementaires, les dispositions idoines ont déjà respectivement un rang constitutionnel et un rang législatif organique.

271. Civil Liberties Union for Europe (Liberties), Rule of Law Report 2026, Mars 2026, pp. 365-366.

272. Ce serait un alignement sur le régime des dons.

273. La CNCCFP propose elle-même de limiter à 10 000 € par élection et candidat et à 50 000 € par an et par parti politique.

274. Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2025 sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2018/0902(RNLE)), P10_TA(2025)0283, § 23.

275. « La France est une République [...] démocratique » et « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

276. « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. / Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. / Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. / Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».

277. Existence et contribution des partis politiques à la vie démocratique de la Nation.

278. Élection du président de la République pour cinq ans au suffrage universel direct.

279. Existence d'une commission donnant un avis indépendant sur la délimitation des circonscriptions législatives.

RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Recommandation n° 1 – réviser l'article 46 de la Constitution afin de prévoir que les lois organiques portant sur l'organisation des scrutins « doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées ».

Recommandation n° 2 – réviser le Titre XI BIS de la Constitution afin d'y consacrer l'existence des autorités administratives indépendantes et d'y inscrire celle chargée d'organiser l'ensemble des scrutins électoraux et référendaires :

- renommer l'intitulé du Titre XI BIS ainsi : « Les autorités administratives indépendantes » ;
- insérer un article 71-1 ainsi rédigé : « L'État peut recourir à des autorités administratives indépendantes dont la création, l'organisation, le fonctionnement et les attributions sont arrêtés par le Parlement. Lorsque celles-ci sont organisées de manière collégiale, leur président est élu par le collège en son sein. / Une autorité administrative indépendante est chargée d'organiser l'ensemble des scrutins électoraux et référendaires, nationaux et locaux. La loi organique définit ses attributions et ses modalités d'intervention ».
- renuméroter en conséquence l'article 71-1 créant le Défenseur des droits.

Recommandation n° 3 – réviser les articles 7, 58 et 60 de la Constitution afin de retirer au Conseil constitutionnel les compétences en matière d'organisation de l'élection présidentielle et des référendums nationaux.

Recommandation n° 4 – réviser l'article 56 de la Constitution

- pour supprimer la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel (abrogation de l'alinéa 2),
- et pour prévoir que son président est élu par le collège (fin de la nomination par décret présidentiel).

Recommandation n° 5 – réviser le 3ème alinéa de l'article 25 de la Constitution afin de retirer au Parlement la compétence de délimiter les circonscriptions législatives :

- prévoir aussi qu'une loi organique fixera la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement de ladite commission ;
- maintenir la compétence du Législateur pour modifier la répartition des sièges de députés ou de sénateurs.

Recommandation n° 6 – réviser la Constitution afin de rendre impossible, par le pouvoir constituant dérivé, une révision des règles électorales constitutionnelles : compléter le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution par la formule « , ainsi que les principes énoncés aux articles 1, 3, 4, 6 et 25 (dernier alinéa) ».

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORGANIQUE

Recommandation n° 7 – adopter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées », en application du nouvel article 71-1 de la Constitution, afin de définir les attributions et les modalités d'intervention de la nouvelle autorité qui sera chargée de gérer le registre électoral unique, de procéder à la mise à jour du périmètre des circonscriptions électorales, et d'organiser l'ensemble des scrutins électoraux et référendaires en lieu et place des administrations centrales et déconcentrées, du Conseil constitutionnel et de la CNCCEP.

Recommandation n° 8 – voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour permettre d'élever les dispositions législatives ordinaires au rang organique en ce qui concerne l'existence et les missions des autres autorités administratives indépendantes intervenant en matière électorale (CNCCFP, ARCOM, HATVP, CNIL, Commission prévue au dernier alinéa de l'article 25 de la Constitution).

Recommandation n° 9 – adopter une disposition législative organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » afin de prévoir que les présidents des autorités administratives indépendantes intervenant en matière électorale sont élus par leurs collèges respectifs (fin des nominations par décret présidentiel et mise en cohérence de l'annexe de la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution).

Recommandation n° 10 – voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » afin de réviser les parties législatives adéquates du code électoral et du code de justice administrative qui attribuent le contentieux électoral aux juridictions administratives (dont le contentieux des référendums en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution).

Recommandation n° 11 – voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour, réviser la loi n° 2009-39 du 13 janvier 2009, relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, afin de prévoir :

- que la révision des limites des circonscriptions législatives relève de la compétence de l'AAI en charge de l'organisation des scrutins ;

- que la population d'une circonscription ne peut s'écarter de plus de 10 % de la population moyenne des circonscriptions du département, de la collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution ou de la Nouvelle-Calédonie ;
- qu'une révision du découpage des circonscriptions doit intervenir au moins une fois tous les dix ans (nouveau § V à l'article 2 de la loi) ;
- que la désignation du président de ladite commission s'effectue par élection en son sein par ses membres (dernier alinéa de l'article L. 567-1 du code électoral).

Recommandation n° 12 - approuver une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour faire passer les dispositions relatives aux modes de scrutin d'un cadre légal ordinaire à un cadre légal organique.

Recommandation n° 13 - réviser l'article L. 567-1 A du code électoral, « dans les mêmes termes par les deux assemblées », afin de donner un rang organique à la règle selon laquelle il ne peut être procédé à une modification du régime électoral ou du périmètre des circonscriptions dans l'année qui précède le premier tour d'un scrutin.

Recommandation n° 14 - voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour habilitier la CNCCFP à exiger des prêteurs qu'ils justifient l'origine de leurs fonds.

Recommandation n° 15 - voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour interdire les prêts à un candidat ou à un parti politique et les cotisations aux formations politiques lorsqu'ils proviennent de personnes physiques étrangères ne résidant pas en France.

Recommandation n° 16 - adopter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour plafonner le montant des prêts consentis par des personnes physiques (à 10 000 € par élection et candidat / à 50 000 € par an et par parti politique).

Recommandation n° 17 - voter une loi organique « dans les mêmes termes par les deux assemblées » pour créer une banque de la démocratie (dans la partie législative du code électoral : Livre 1er, Titre 1er, Chapitre V Bis).

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA LÉGISLATION ORDINAIRE

Recommandation n° 18 - autoriser la CNCCFP à être destinataire des informations de Tracfin (Code monétaire et financier, article L. 561-31).

Recommandation n° 19 - prévoir pour la CNCCFP un droit de communication envers les opérateurs de plateforme en ligne de réseaux sociaux pour l'application de l'interdiction de la publicité électorale (Code électoral, article L. 52-1).

RECOMMANDATIONS IMPLIQUANT, A MINIMA, UNE RÉVISION DE LA RÉGLEMENTATION

Recommandation n° 20 - permettre à la CNCCFP de consulter le fichier national des comptes bancaires et assimilés (FICOBA).



