



QRC de droit public

Corrigé élaboré par Jean-Paul Gélin © ISP 2016

1) avantages et inconvénients des primaires dans un pays comme la France (7 points).

Les élections primaires ouvertes pour désigner les candidats à l'élection présidentielle n'appartiennent pas à la tradition politique française, pourtant cette pratique s'installe peu à peu. Après le Parti socialiste (PS) en 2011, le parti Les Républicains (LR) devrait choisir son candidat dans une primaire ouverte organisée à l'automne 2016.

Traditionnellement, la désignation des candidats en France a été mise en œuvre au sein des structures partisans soit par décision des instances dirigeantes, soit sous forme d'élection "primaire fermée" accessible aux seuls adhérents. Alors que les primaires animent la pré-campagne présidentielle depuis longtemps dans d'autres pays tel que les Etats-Unis, il s'agit en France, pour les partis organisateurs, d'inventer une pratique.

Selon l'article 4 de la Constitution de 1958, "les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement." La désignation des candidats repose donc sur l'organisation interne des partis. C'est en 2011 que le parti socialiste organisa pour la première fois une primaire en vue de l'élection présidentielle de l'année suivante. La primaire était placée sous contrôle d'un organe interne au parti, indépendant de sa direction, dénommé Haute Autorité Éthique (HAE).

En juin 2015, le parti Les Républicains a adopté une « *Charte de la primaire* » aux termes de laquelle le candidat du parti sera désigné selon une primaire ouverte aux sympathisants de la droite et du centre « *partageant les valeurs de la République* ».

Cette nouvelle approche de l'élection présidentielle pose des difficultés quant au cadre juridique de son organisation et influence la nature de notre régime.

I/ Un encadrement juridique incertain

Outre l'organisation du scrutin, la mise en place des primaires soulèvent des questions quant à l'organisation de la campagne.

Une circulaire du 22 février 2016 précise les modalités d'organisation d'élections primaires par les partis politiques. Les mairies sont libres d'accepter ou non les demandes émises par les partis politiques de mise à disposition de locaux ou de personnels communaux. Il appartient aux maires de fixer les conditions de mise à disposition des bâtiments publics, des isolements et des urnes.

Pour l'élection présidentielle de 2012, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) a considéré que les dépenses liées à la campagne des primaires devaient s'imputer sur le montant total de la campagne de François Hollande. La commission a considéré, comme le Conseil d'État dans son avis du 31 octobre 2013, que les dépenses engagées en vue d'obtenir les suffrages de tous les électeurs et non des seuls adhérents du parti politique ouvraient droit à cette prise en compte, ce qui n'est pas le cas si la primaire est fermée.

Une autre question se pose quant à la comptabilisation du temps de parole des candidats. En effet, la campagne des primaires faisant l'objet d'une large couverture médiatique, notamment à la télévision, les chaînes avaient choisi en 2011 de respecter la stricte égalité du temps de parole des candidats.

Compte tenu de l'importance prise par ces primaires, le CSA a souhaité que s'engage une réflexion sur le traitement médiatique de ces élections afin que les services de télévision et de radio assurent un traitement équitable des candidats, solution confortée par la loi organique du 25 avril 2016.

Par ailleurs les élections primaires donnent lieu à de grands déséquilibres des temps de parole au détriment des autres partis politiques, qui ne désignent pas leur candidat selon de telles modalités. C'est la raison pour laquelle le CSA se déclare « disponible pour exercer, à la demande des organisateurs d'élections primaires ou des services de radio et de télévision, un rôle de conseil et de bons offices lors des futures élections primaires », afin d'assurer notamment le respect de « l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion ».

II/ Un processus démocratique favorisant la présidentialisation du régime

La mise en place de primaires pour la désignation des candidats devrait vraisemblablement se généraliser. Cette nouvelle pratique n'est pas sans influence sur la nature de notre régime.

En effet, une telle pratique présente l'avantage de clarifier les alliances politiques qui après les élections législatives seraient susceptibles de se former. Ainsi, les primaires éviteraient la multiplication des candidatures (comme en 2002, 16 candidats au premier tour) et contribuerait à renforcer la bipolarisation de la vie politique de la Vème République. L'autre avantage serait de lever l'obstacle des parrainages, une fois désigné au sein du parti et de la mouvance partisane, le candidat n'aurait aucune difficulté à réunir les 500 parrainages nécessaires. En outre, la légitimité des candidats ne pourrait plus faire l'objet de débats.

Néanmoins, une telle innovation n'est pas sans poser quelques difficultés. Les primaires, principalement au sein des grands partis, pourraient s'apparenter à un premier tour de l'élection présidentielle remettant en cause l'utilité du premier tour et reléguant encore davantage l'élection législative au second plan dans la mesure les primaires accentuent le phénomène de personnalisation du pouvoir. S'il est à noter que cette situation est déjà perceptible depuis l'instauration du quinquennat, dès lors que les élections législatives consistent à donner la majorité au président, l'organisation des primaires pourraient renforcer encore un plus ce phénomène.

C'est pourquoi le mécanisme des primaires n'a véritablement d'intérêt que dans un contexte essentiellement « bipolaire » à l'américaine, où le parti d'opposition désigne un candidat pour affronter le président sortant. Un tel schéma semble peu probable dans un contexte de tripartisme émergent.

Ni anecdotique, ni révolutionnaire, la mise en place progressive des primaires relance le débat sur le passage, en France, à un régime présidentiel.

2) Indépendance et impartialité des magistrats (7 points).

Un Etat de droit ne peut se concevoir sans une justice impartiale et indépendante, de telles garanties étant indispensables dans nos systèmes démocratiques modernes. Selon l'article 64 de la Constitution : « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

Il existe deux catégories de magistrats, correspondant à deux modalités d'exercice de la mission d'application du droit qui leur est confiée : les magistrats du siège – les juges – sont chargés de dire le droit en rendant des décisions de justice, les magistrats du parquet – les procureurs – ont pour fonction de requérir l'application de la loi.

Magistrats du siège et du parquet, s'ils ne possèdent pas exactement les mêmes missions, partagent un statut très proche, et des règles de recrutement, de formation et d'avancement quasiment identiques. Le principe de l'unité du corps judiciaire permet d'ailleurs à chaque magistrat, au cours de sa carrière, de passer d'un groupe à l'autre sans difficulté. De même, magistrats du siège et du parquet partagent un devoir commun, défini par la Constitution, de protection de la liberté individuelle. L'usage impose de ne pas désigner les membres des juridictions administratives par le terme de magistrat : ces juges sont en effet dotés d'un statut distinct de celui des magistrats de l'ordre judiciaire. Néanmoins, les principales règles qui caractérisent l'exercice de leur profession se ressemblent. Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont des magistrats (à l'exception donc des membres du Conseil d'Etat) bénéficiant d'un statut dérogatoire de la fonction publique de l'État. Ils sont donc à la fois magistrats et fonctionnaires et ont une double activité : contentieuse et administrative, cette dernière demeurant néanmoins marginale

L'indépendance peut être définie comme étant « la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté à l'abri de toute instruction et pression » (Cornu, Vocabulaire juridique, PUF). L'indépendance du juge est une condition indispensable à la protection efficace des libertés dans un Etat de droit. Pour illustrer cette idée, on peut mentionner la loi du 3 juin 1958 habilitant le gouvernement du général de Gaulle à adopter une nouvelle Constitution. Ce texte imposait au gouvernement de respecter l'indépendance de l'autorité judiciaire afin d'assurer la protection des droits de l'Homme consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le Préambule de la Constitution de 1946.

Quant à l'impartialité, elle désigne l'absence de préjugé. Elle signifie que le juge n'a pas, avant même de statuer, une idée préconçue sur le sens de la solution qu'il rendra.

Si l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie par la Constitution, l'influence de la jurisprudence européenne est elle aussi considérable. Elle a contribué à renforcer les qualités intrinsèques des magistrats, même si des réformes pourraient s'avérer nécessaire.

I/ La nécessaire garantie d'indépendance et d'impartialité des magistrats

L'impartialité présente, tout d'abord, une dimension subjective : elle concerne tout ce qui peut affecter la neutralité personnelle du juge et doit le conduire, s'il est respectueux des devoirs de son état, à s'abstenir, ou à se déporter. Par exemple, un juré ayant tenu des propos racistes ne doit pas être admis à statuer sur un litige pénal mettant en cause une personne d'origine étrangère (CEDH, 23 avril 1996, Remli c/France). En second lieu, l'impartialité se conçoit également de façon objective : « *le tribunal doit être objectivement impartial c'est à dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* » (CEDH, 1^{er} octobre 1982, Piersack c/ Belgique). Il s'agit là d'une

impartialité structurelle ou organisationnelle. Par exemple, le juge qui a déjà jugé une affaire ne peut la rejurer.

Les exigences liées à l'impartialité sont nombreuses, ainsi, les membres d'une juridiction ne doivent pas se prononcer sur la légalité du même acte administratif à la fois à titre consultatif et dans le cadre de leurs fonctions contentieuses (CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, au sujet du Conseil d'Etat luxembourgeois). La Cour européenne a recours pour apprécier l'impartialité objective à la théorie des apparences : « *Justice must not only be done, but it must also be seen to be done!* ». Il s'agit de se placer du point de vue du justiciable pour vérifier si ce dernier a des raisons réelles de craindre que son affaire ne sera pas jugée de façon pleinement impartiale. C'est le recours à cette théorie qui a conduit à faire évoluer le rôle de feu le commissaire du gouvernement dans la procédure administrative contentieuse.

L'indépendance a trait aux rapports entre les pouvoirs. Il importe que le juge soit pleinement indépendant tant du pouvoir exécutif, que du pouvoir législatif. Par exemple, en s'estimant liée par les appréciations du ministre des affaires étrangères pour interpréter un traité ou pour apprécier la condition de réciprocité fixée par l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'Etat a méconnu l'exigence d'indépendance (v., respectivement, CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c/ France* ; CEDH, 13 février 2003, *Chevol c/ France*). De la même façon, le législateur ne peut valider rétroactivement des actes administratifs encourageant une annulation contentieuse que dans des conditions strictement encadrées par la jurisprudence constitutionnelle et européenne (v., respectivement, CC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs et CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c/ France*).

L'immovibilité apparaît comme une garantie essentielle d'indépendance puisqu'elle implique que le magistrat ne peut être déplacé sans son consentement, même en avancement. Elle est d'ailleurs consacrée au profit des magistrats du siège par la Constitution de 1958 (article 64 C), ce qui pose nécessairement la question de l'indépendance des magistrats du parquet, lesquels ne bénéficient pas de l'immovibilité. Si le Conseil constitutionnel a réaffirmé qu'ils font pleinement partie de l'autorité judiciaire dont l'indépendance est constitutionnellement affirmée (v. décision QPC du 30 juillet 2010 sur la garde à vue), la Cour EDH leur dénie la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 de la Convention EDH (CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*).

II/ L'amélioration nécessaire de l'indépendance des magistrats

Dans les garanties et leur degré d'indépendance à l'égard du pouvoir politique mais également dans leurs régimes de responsabilité et de discipline, les statuts des magistrats du siège et du parquet demeurent très différents. Le lien qui continue d'unir le Parquet et le pouvoir exécutif fait toujours débat, il pourrait à terme évoluer, afin d'aligner les garanties du parquet sur celle de la magistrature du siège.

L'exigence d'indépendance des juges du siège justifie, dans le cadre de leur statut, une garantie d'immovibilité, inscrite à l'article 64 de la Constitution. Ceux-ci ne peuvent en effet faire l'objet d'aucune mesure individuelle de destitution, de déplacement, de suspension en dehors des cas prévus par la loi, ni ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement. Ce principe d'immovibilité met les juges à l'abri de pression, y compris politique, sur leurs carrières.

A cela s'ajoute le rôle essentiel joué par le Conseil supérieur de la magistrature. Ce dernier exerce en effet un pouvoir décisionnel tant pour ce qui concerne la carrière (les nominations aux postes les plus importants requièrent un avis conforme ou une proposition du CSM) qu'en matière disciplinaire

(c'est la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège qui prononce directement les éventuelles sanctions disciplinaires).

Les magistrats du ministère public, organisés en parquet au niveau de chaque TGI et Cour d'Appel, disposent d'un statut différent. Ils ne bénéficient pas de la garantie d'inamovibilité. Ils sont « *placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux* ». La subordination hiérarchique permet au ministre de la Justice de leur adresser des « instructions générales d'actions publique », bien qu'ils conservent toutefois leur liberté de parole. Ces magistrats sont par ailleurs indivisibles et substituables, chaque acte d'un procureur ou d'un de ses substituts engageant l'ensemble du parquet. Enfin, le magistrat du parquet est irrécusable selon l'article 669 du code de procédure pénale ; ce principe découle de son statut de représentant des intérêts de la société et de son indivisibilité. Ses missions sont variées : la principale est d'exercer l'action publique selon le principe de l'opportunité des poursuites; le parquet est ainsi chargé de diriger la police judiciaire. L'exécution des décisions de justice lui est confiée ; il est l'organe qui déclenche l'exécution des peines. Le procureur de la République peut intervenir en tant que partie principale, demandeur dans des cas définis par la loi et pour la défense de l'ordre public, ou comme partie jointe, donnant son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication.

Présenté en Conseil des ministres le 13 mars 2013 par M. Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, il avait été adopté en première lecture avec modifications par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013, puis par le Sénat, avec modifications le 4 juillet 2013. Le projet de loi a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 26 avril 2016.

Ce texte réforme les dispositions relatives au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) afin d'en renforcer l'indépendance et l'autorité. Le texte affecte aussi bien la composition que les pouvoirs du CSM.

Le Conseil comprend deux formations, dont l'une est compétente à l'égard des magistrats du siège et l'autre à l'égard des magistrats du Parquet. Elles sont présidées par le premier président de la Cour de cassation pour la formation concernant les magistrats du siège et par le procureur général près la Cour de cassation pour la formation concernant les magistrats du Parquet.

La composition du Conseil supérieur de la magistrature serait modifiée. Le texte voté par l'Assemblée élargit la composition : 8 magistrats du siège, 8 magistrats du parquet, un conseiller d'État, un avocat, 6 personnalités qualifiées, néanmoins le Sénat a rejeté la réforme de la composition du CSM. Quant au président du CSM il serait élu par l'ensemble des membres du Conseil supérieur de la magistrature parmi les personnalités qualifiées non magistrats.

Les prérogatives du CSM seraient elles aussi renforcées. Le projet de loi prévoit que le CSM pourra se saisir d'office de questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la déontologie des magistrats.

Le Conseil supérieur de la magistrature émettra désormais un avis conforme sur la nomination des magistrats du Parquet. Si en pratique l'avis simple du Conseil est suivi, la réforme permettrait d'aligner sur le droit sur la pratique. Elle constituerait une avancée significative pour l'indépendance de la magistrature du parquet. Enfin, le CSM serait désormais compétent à l'égard des membres du parquet en matière disciplinaire, à l'instar des magistrats du siège.

3) La révision constitutionnelle selon la constitution du 4 octobre 1958 (6 points).

« Les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil ». Cette citation de Royer-Collard traduit la nécessité d'adapter la Constitution aux exigences contemporaines. Toutefois, la Constitution étant la norme suprême, elle doit être protégée des modifications trop fréquentes. Cela suppose qu'elle ne puisse être modifiée que dans le respect d'une procédure spécifique, plus contraignante que la procédure législative ordinaire. On parle alors de « rigidité constitutionnelle ». Conformément à ces principes, la Constitution du 4 octobre 1958 définit les règles relatives à sa modification en son article 89. Sa rigidité reste toutefois relative et, depuis 1958, les révisions constitutionnelles se sont multipliées, conduisant à faire évoluer le régime sans toutefois le dénaturer.

Depuis 1958, la Constitution a fait l'objet de 24 révisions, dont 19 depuis 1992. Cette « inflation » de la législation constitutionnelle traduit sans doute une certaine « crise » de la Constitution tant d'un point de vue normatif, la Constitution devant s'adapter au droit international et européen que matériel, la réforme des institutions étant devenue une problématique politique récurrente. Deux types de révision peuvent être distingués. La première catégorie est celle des révisions ayant pour objet de moderniser les institutions et de renforcer les droits de citoyens. Il est possible d'évoquer, à titre d'exemples, la révision constitutionnelle de 1974 qui ouvre la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs ; la révision constitutionnelle de 1993 sur le Conseil supérieur de la magistrature qui vise à accroître l'indépendance des membres de l'autorité judiciaire ; la révision constitutionnelle de 1999 qui pose le principe de la parité homme-femme pour l'accès aux mandats électoraux et fonctions électives ; la révision constitutionnelle de 2000 sur le quinquennat et la révision constitutionnelle de 2007 sur le statut pénal du chef de l'Etat. La deuxième catégorie est celle des révisions ayant pour objet de permettre la ratification d'un traité jugé contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 54 C. Il est possible d'évoquer, à cet égard, la révision constitutionnelle de 1992 visant à permettre la ratification du Traité de Maastricht ; la révision constitutionnelle de 2004 visant à permettre la ratification du Traité constitutionnel européen ou encore la révision constitutionnelle de 2007 visant à permettre la ratification du Traité de Lisbonne.

I/ Une procédure illustrant la rigidité de la constitution du 4 octobre 1958

La procédure prévue par l'article 89 C. comporte trois étapes. En premier lieu, l'initiative de la révision appartient concurremment au Président de la République, sur proposition du Premier ministre, et aux membres du Parlement. Il faut relever qu'en période de concordance des majorités présidentielle et parlementaire, la proposition du Premier ministre s'avère purement formelle. Par ailleurs, une seule révision d'initiative parlementaire a abouti depuis 1958 à savoir la révision du 2 octobre 2000 sur le quinquennat. En second lieu, le projet ou la proposition de loi constitutionnelle doivent être votés en termes identiques par les deux assemblées. Le Sénat dispose donc d'un véritable « droit de véto » en matière constitutionnelle, c'est l'une des rares expressions du bicamérisme égalitaire dans notre système. Enfin, l'adoption définitive de la révision se fait en principe par référendum, telle est en principe l'adoption de droit commun dans l'esprit de la constitution. Toutefois, s'il s'agit d'un projet de loi constitutionnelle (et non d'une proposition), le Président de la République peut décider de le faire adopter par le Congrès à la majorité des trois-cinquièmes. Réuni à Versailles les deux chambres du parlement votent donc exceptionnellement ensemble. En pratique, depuis 1958, le référendum constituant prévu par l'article 89 C. n'a été utilisé qu'une seule fois, en 2000 (révision précitée sur le quinquennat). Par ailleurs, la Constitution encadre le pouvoir constituant dérivé : aucune procédure de révision ne peut être engagée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art 89 al 4 C.) et, par analogie, lorsque l'article 16 C. est mis en œuvre (CC, 2 septembre 1992, « Maastricht II »). Il en va de même pendant l'intérim du Président de la République (art. 7 alinéa 11 C.). Enfin, la révision ne peut porter sur la forme républicaine du gouvernement (art 89 al 5 C). La portée de ces limitations reste limitée puisque le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire de révision (CC, 6

Novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ; CC, 23 Septembre 1992, précitée) et d'une loi adoptée par le Congrès (CC, 26 Mars 2003, Organisation décentralisée de la République revenant sur la position adoptée dans la décision CC, 2 septembre 1992, « Maastricht II »).

II/ une pratique illustrée par la concurrence d'une autre procédure de révision

Si la révision constitutionnelle est encadrée par l'article 89 C., le référendum législatif de l'article 11 de la Constitution a été utilisé à deux reprises par De Gaulle pour réviser la Constitution afin d'éviter l'étape contraignante du Parlement. Le principal argument invoqué par De Gaulle pour justifier son recours à l'article 11 était de dire que « l'organisation des pouvoirs publics » incluait leur révision. En 1962, De Gaulle utilise l'article 11 pour réviser le mode d'élection du Président de la République. Cette révision constitutionnelle, qui avait pour objet de faire élire le Président de la République non plus par un collège électoral mais au suffrage universel direct, fut adoptée. L'usage d'une telle procédure fut alors très controversé. Qualifiée de « *forfaiture* » par le président du Sénat G. Monnerville, elle fut à l'origine de la censure du gouvernement de Pompidou la même année. Interprété comme un détournement de procédure, la critique était encore renforcée par l'engagement de la responsabilité du président sur le résultat du referendum.

En 1969, De Gaulle fait de même s'agissant de la révision constitutionnelle du Sénat et la régionalisation mais c'est un échec qui provoquera sa démission. En utilisant l'article 11 pour réviser la Constitution, De Gaulle méconnaît l'article 89, qui rappelle le constitutif de l'article unique du titre XVI de la constitution. Pour autant, cette méconnaissance n'est pas sanctionnée par le Conseil constitutionnel décline sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire. Depuis, le recours à l'article 11 de la constitution n'a cessé d'alimenter les débats doctrinaux. D'aucuns y voient une convention de la constitution, soit une coutume constitutionnelle validée par le peuple souverain. Interrogé sur la question le président Mitterrand considéra que l'article 11 est une procédure alternative pour la révision.

Toutefois, aucun autre Président n'a eu recours à l'article 11 C. pour faire procéder à une révision de la Constitution.