

REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN

**Numéro 33
2023-1**



La Revue

I. RÉDACTION

- Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;
- Loïc PEYEN, Maître de conférences en droit public à l'Université Toulouse I Capitole (responsable des chroniques de jurisprudence administrative française de l'Océan Indien) ;
- Randianina RADILOFE, Docteur en Droit (responsable des chroniques de droit public malgache).

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

– Règles de forme à respecter pour chaque proposition de contribution

Toutes les propositions de contributions doivent être adressées sous forme de document Word (ou équivalent), en respectant les seules conditions suivantes (destinées à faciliter la mise en forme en vue de la publication) :

- espacement : 0 pt ; 0 pt ; Interligne simple ;
- un saut de ligne unique entre chaque élément du corps de texte (paragraphe, titre) / aucun saut de ligne entre les notes de bas de page ;
- corps de texte : Times New Roman 14 / note de bas de page : Times New Roman 12 / le tout doit être justifié ;
- les titres (formats : I. blabla ; A. blabla ; 1. blabla ; a. blabla,...) doivent figurer en gras, avec un retrait égal à 1,25 centimètre.
- chaque proposition doit comporter la mention des prénoms, noms ainsi que des titres et/ou fonctions de l'auteur

Les références bibliographiques doivent être formatées en reproduisant le format, ou en cas d'impossibilité en s'inspirant du format des exemples suivants :

- CJUE, 22 septembre 1992, *Petit*, aff. C-153/91, *Rec.* p. I-4879, points 10 à 13.
- Trib. (UE), 10 décembre 2002, *Dr. Karl Thomae GmbH c/ Commission*, aff. T-123/00, *Rec.* p. II-5193, point 4.
- CEDH, Gr. ch., 6 octobre 1979, *Kibali c/ France*, req. n° 11/50689.
- Civ. 1^{re}, 7 avril 1998, *RCDIP* 1998, n° 644, note D. ANNOUSSAMY ; *D.* 1998, n°287, note B. AUDIT.
- Ass. Plén., 30 janvier 2001, pourvoi n°00-13277, *Bull.* n° 19.
- CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, req. n°146028.
- CAA Bordeaux, 30 janvier 2001, *M. Planchenault*, req. n°07BX1234.
- TA Saint-Denis, 3 janvier 1998, *M. Hoareau*, req. n°1234567.
- Affaire du *Timor Oriental* (Portugal c/ Australie), arrêt, C.I.J., *Rec.* 1995, p. 90.
- J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne. Carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002.
- Y. PETIT, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTDE* 2006, n° 4, p. 593.
- R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les Etats de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 377.

En raison du format désormais exclusivement électronique de la revue, les auteurs peuvent tout à fait insérer des liens hypertexte, **en note de bas de page exclusivement** et en respectant le modèle suivant : « URL : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hyperlien> – dernière consultation le 9 juillet 2020) ».

– Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques

Les propositions de contributions doivent être adressées à l'adresse électronique suivante : olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen d'un Comité de lecture de deux membres, choisis par le Directeur de la *Revue* en raison de leur expérience dans le domaine concerné. Les avis de ceux-ci devront être favorables sans réserve, pour que la proposition soit acceptée pour publication. Aucune limite n'est fixée *a priori* quant au nombre de pages ou de caractères, mais le Comité de lecture et le Directeur se réservent, à ce propos, le droit d'exiger toute modification qu'ils jugeraient raisonnable.

Les Actes sont publiés sous la responsabilité scientifique des organisateurs de la manifestation dont ils ont vocation à présenter les résultats, avec l'accord du Directeur de la *Revue*.

Les Recensions bibliographiques sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*.

NB 1 – En sus des règles de forme générales, les propositions d'Articles devront comporter un résumé en français, un résumé en anglais, ainsi que l'indication des mots-clés les plus pertinents selon l'auteur.

NB 2 – Les responsables scientifiques d'Actes, dans la mesure où ces exigences complémentaires de forme seraient remplies d'un point de vue global, pourront décider de dispenser de leur respect les auteurs intervenus dans le cadre de la manifestation qu'ils ont organisé.

– Chroniques de jurisprudence

Les équipes de chroniqueurs sont constituées par les responsables de chaque chronique.

Les rejoindre suppose l'invitation ou l'acceptation d'une proposition par ces derniers, qu'il est possible de contacter aux adresses électroniques suivantes : loic.peyen@ut-capitole.fr; randiradilofe@yahoo.fr

– Toute soumission implique l'engagement des auteurs à ne pas soumettre le même contenu à un autre éditeur, dans l'attente d'une réponse du comité de lecture et/ou de la publication de ce contenu au sein d'un numéro de la *Revue juridique de l'Océan Indien*

III. PUBLICATIONS

Les opinions exprimées dans la *Revue juridique de l'Océan Indien* n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de cette dernière.

Toute copie, reproduction ou utilisation de la *Revue juridique de l'Océan* doit être effectuée dans le strict respect du Code de la propriété intellectuelle.

Couverture : Photographie de Boucan Canot prise par André Pelte à la fin des années 1950 (collection Henry Pelte); reproduite avec l'aimable et gracieuse autorisation d'Henry Pelte. Tous droits réservés.

Tables des matières du numéro 33

Articles

Fabrique de l'armée postcoloniale par les régimes politiques à Madagascar :
pérégrinations et frustrations des élèves officiers formés ailleurs.....7

Josie DOMINIQUE

La confiscation en matière pénale.
Analyse de droit comparé franco-malagasy.....27

Narindra Arivelo RAMANANARIVO

Vers l'indépendance institutionnelle du système judiciaire malgache.....57

Anjaratiana Rajonson RAZAFINDRALAMBO

La conciliation entre le droit de propriété et le droit au logement.....87

Radji LORRAINE

Radioscopie critique de la loi de départementalisation du 19 mars 1946.....159
(Contrairement à la thèse soutenue par les indépendantistes,
la décolonisation de La Réunion a bien été réalisée au plan juridique.
Mais contrairement à la thèse des intégrationnistes,
cette décolonisation n'a pas eu lieu à la date du 19 mars 1946)

André ORAISON

Les inéligibilités-sanctions
et la moralisation de la représentation politique nationale et locale.....271

Thomas SORRES

Articles

SCIENCES POLITIQUES

Fabrique de l'armée postcoloniale par les régimes politiques à Madagascar : pérégrinations et frustrations des élèves officiers formés ailleurs (1975-1990)

Josie DOMINIQUE

*Maître de conférences en Sciences politiques à l'Université d'Antsirananana
Enseignante-Chercheuse à la Faculté de Droit Economie Gestion et Science-Politique*

Résumé :

La production de l'élite militaire à Madagascar a connu plusieurs influences. Soixante ans après les indépendances, il est intéressant de questionner la construction de l'armée malgache postcoloniale. Les pérégrinations des élèves officiers incluant en grande partie une influence européenne multiséculaire y ont fourni des traditions, des savoir-faire mais surtout une modernité qui a fait de l'armée malgache une armée nationale dès la période précoloniale. Cette longue histoire ayant du mal à se défaire, les influences locales et la période socialiste ont du mal à ancrer leurs apports créant diverses frustrations entre plusieurs groupes d'officiers formés ailleurs.

Mots-clés :

Forces armées – Madagascar – Formation – École militaire – Socialisme – Intégration – Officiers.

Abstract:

The production of the military elite in Madagascar has got several influences. Sixty years after independence, it is interesting to question the construction of the post-colonial Malagasy army. The peregrinations of the officer cadets, which largely included a multi-secular European influence, provided traditions, know-how and above all a modernity that made the Malagasy army a national army from the pre-colonial period. As this long history is difficult to unravel, local influences and the socialist period have difficulty in anchoring their contributions, creating various frustrations between several groups of officers trained elsewhere.

Keywords:

Military forces – Madagascar – Training – Military academy – Socialism – Integration – Officers.

Madagascar, la grande île de l’Afrique australe, située dans l’océan Indien avec ses 25 millions d’habitants compte en 2018 une force armée de 29.136 hommes avec 2.531 officiers et 171 officiers généraux¹. Les officiers de l’armée malgache sont en grande partie formés à l’Académie militaire d’Antsirabe mais plusieurs d’entre eux ont été formés à l’étranger. Nous pouvons à ce titre citer les formations dispensées actuellement en France notamment à l’École Navale de Brest ou à Saint-Cyr, mais également dans les écoles régionales telles que l’école Navale de Guinée. Si ces questions de formation des élites africaines dans l’ancienne mère-patrie avaient débuté pendant la colonisation, la formation des cadres militaires qui devint une priorité pour les pays nouvellement indépendants fut facilitée par les accords franco-africains de défense et l’assistance militaire technique après le transfert de l’État colonial dont le principal enjeu est le contrôle de la force armée et la sécurité². Dans le contexte de la Guerre Froide et dans le cadre des « secondes indépendances » qui se traduisaient globalement par un regard vers les pays de l’Est en Afrique et particulièrement le rapprochement socialiste opéré par les dirigeants malgaches entre 1975 et 1991, une partie des officiers malgaches allaient être formée en Union soviétique.

Ce sont ces différents apports qui nous intéressent dans la mesure où les régimes politiques successifs ont contribué à faire évoluer l’armée malgache en modifiant le fond et la forme de sa formation. Les élèves officiers étaient alors formés en fonction des orientations idéologiques mais surtout en fonction des différentes allégeances que les régimes politiques avaient par rapport aux pays étrangers. Nous allons pour notre part nous intéresser à une courte période : elle commence en 1975 avec l’arrivée de Didier Ratsiraka³ au pouvoir. La première cohorte partait en 1978 en tant que première promotion d’élèves-officiers en Union soviétique. Cette période socialiste correspondant à l’envoi des élèves officiers à l’Est constitue d’une certaine manière une courte rupture avec l’Occident et durera jusqu’au début des années quatre-vingt-dix. La fin fut sans doute accélérée par la chute du Mur de Berlin. Ce sont les années charnières durant lesquelles l’armée malgache procède à une restructuration profonde de son armée en la renommant Forces armées populaires.

¹ Chiffres État-Major Général Malgache, 2018

² C. EVRARD, « Retour sur la construction des relations militaires franco-africaines », *Relations internationales*, vol. 165, no. 1, 2016, pp. 23-42.

³ Didier Ratsiraka, alors capitaine de frégate en 1975 est porté au pouvoir par le Directoire Militaire le 15 juin 1974. Il est élu officiellement Président du conseil suprême de la révolution par 16 voix sur 18. Lors du référendum du 21 décembre 1975, la population malgache fut appelée à accepter ou refuser la Charte de la révolution socialiste Malagasy, la nouvelle constitution et le capitaine de frégate Didier Ratsiraka, comme président de la République. L’adoption fut unanime avec près de 94% de « oui » exprimés par les électeurs. Didier Ratsiraka est réélu pour un deuxième septennat en novembre 1982 avec près de 80% des voix exprimés et même un troisième mandat le 12 mars 1989 avec 62%. Le mouvement populaire de 1991 visant à sa destitution a eu raison de la fin de son règne.

Le champ de recherche autour des étudiants à l'Est est depuis quelques années assez florissant. Après avoir fait l'objet de plusieurs programmes de recherche notamment à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales à Paris⁴, le sujet a fait l'objet d'un ouvrage collectif, mettant en avant les promesses de la recherche sur les pistes qui restent encore à explorer⁵. Il nous semble cependant qu'un type d'étudiant assez original a rarement fait l'objet d'une recherche et fait partie des oubliés de l'histoire : les élèves officiers. Dans une certaine mesure, la formation des militaires à l'étranger est comparable à celle des étudiants « civils », parce que les élèves officiers font l'expérience d'un environnement étranger et reçoivent une formation au même titre que n'importe quel étudiant expatrié. Par ailleurs, avec leur statut militaire, ils font souvent l'objet d'un traitement à part, notamment par le fait qu'ils soient généralement boursiers et vivent en marge de la société, au rythme de la discipline des camps militaires. Le cas des officiers est intéressant à traiter dans la mesure où ce sont les seuls à bénéficier d'une formation pédagogique de longue durée, c'est-à-dire supérieure à trois ans, leur conférant un diplôme comparable aux étudiants étrangers civils détenteurs d'une licence ou d'un diplôme d'ingénieur. La problématique sur laquelle nous souhaitons nous pencher dans cet article est la suivante : comment se caractérisent le retour à Madagascar et les éventuelles influences des anciens élèves officiers ayant été formés à l'Est pendant la période socialiste ? Par comparaison avec certains pays africains tels que le Congo, où l'armée a connu des évolutions substantielles en raison de l'adoption de l'idéologie marxiste par sa hiérarchie et de son militantisme au sein du parti unique⁶, nous formulons l'hypothèse suivant laquelle l'envoi d'élèves officiers à l'Est a, au contraire, très peu contribué à constituer un succès dans la mise en place d'une génération de cadres « rouges » et experts⁷ dans la mesure où les forces armées malgaches sont tributaires d'une longue tradition occidentale. En effet, le fait de partir à l'Est a constitué un handicap dans l'intégration des officiers concernés, et représenté une difficulté d'évolution dans la carrière militaire pour ceux d'entre eux qui n'ont entrepris de se réorienter.

⁴ Deux séminaires de recherches ont été mis en place : « Élités africaines formées en URSS et dans les pays de l'ancien bloc soviétique. Histoires biographies, expériences, (ELITAF) », en 2013, par le Réseau Interdisciplinaire Afrique Monde (RIAM), la Fondation Maison des Sciences de l'Homme (FMSH-Programme Afriques) et l'Institut de Recherche Interdisciplinaire sur les Enjeux Sociaux (IRIS/CNRS-EHESS) ; « Les étudiants africains en URSS.1960-1990. Mobilité, expériences et devenir professionnel », en 2015, par le RIAM, l'IRIS avec l'Institut d'Afrique de l'Académie des sciences de Russie.

⁵ M. de SAINT MARTIN – G. SCARFO GHELLAB – K. MELLAKH (dir.), *Étudier à l'Est. Expériences de diplômés africains*, Paris, Karthala, collection « Hommes et Sociétés », 2015, 300 p.

⁶ P. YENGO, « Former des cadres 'rouges et experts'. Mouvement étudiant congolais en URSS et parti unique », *Cahiers d'études africaines* (226), 2017, pp. 313-330.

<https://doi.org/10.4000/etudesafricaines.20686>

⁷ *Idem*

Outre, les documents d'archives conservés à l'Académie militaire d'Antsirabe (ACAD), aux Archives nationales malgaches (ARM) et au Service Historique de la Défense (SHD), l'article que nous proposons de développer est basé sur des entretiens avec des officiers formés en ex-URSS (en particulier ceux de l'armée de l'air). Nous nous concentrerons sur l'analyse des récits de vie de trois d'entre eux que nous nommerons Alpha, Bravo, Charlie. Dans la mesure où les conditions de témoignages étaient avant tout basées sur l'anonymat des officiers pour des raisons de sécurité, les pseudonymes précités leur ont été attribués. Notre analyse se fera en trois temps : nous verrons l'influence étrangère de longue durée et persistante dans la formation des élèves officiers à Madagascar (I), avant d'aborder les modalités de leurs formations militaires à l'Est (II) et d'examiner leur expérience une fois rentrés au pays (III).

I. Une histoire de longue durée de la formation militaire dans les pays étrangers

Nous citons à ce titre Fernand Braudel : « *Chaque actualité rassemble des mouvements d'origine, des rythmes différents : le temps d'aujourd'hui date à la fois d'hier, d'avant-hier, de jadis* »⁸. En effet, pour comprendre l'actuelle armée malgache il est nécessaire de faire un retour en arrière, étant entendu qu'avant même la colonisation française débuté en 1895, Madagascar avait déjà une armée permanente et nationale ou quasi-nationale⁹. La création de cette armée moderne et permanente, au XIX^{ème} siècle, se fait en grande partie avec des éléments et apports des Anglais. En novembre 1816, le capitaine B. Le Sage avait été envoyé par le gouvernement mauricien à Tananarive, avec un détachement de trente soldats britanniques, dans le but d'exposer à Radama I^{er} l'effet des manœuvres militaires. Le souverain saisit alors l'occasion offerte par l'arrivée des troupes pour demander que les deux sergents, Graden et Brady, soient autorisés à demeurer sur place afin de former ses hommes. À partir de ce moment-là, les instructeurs de l'armée royale furent exclusivement des Britanniques. Dans le Royaume de Madagascar, plusieurs militaires britanniques furent placés à des postes de responsabilité, notamment Willoughby, Colonel au Zoulouland, qui fut nommé général en chef de toutes les armées malgaches pour la campagne contre la France en 1883. D'après le Capitaine Martinié, St Léger Shermington, que l'on appelle aussi Colonel, est un ancien policier du Cap et ancien officier de l'armée anglaise. Ce dernier avait combattu contre les Français en 1884 durant la première guerre

⁸ F. BRAUDEL, « Histoire et Sciences Sociales : La longue durée », *Réseaux. Communication – Technologie – Société*, 1987 (27), pp. 7-37.

⁹ J. DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État : sociologie historique des forces armées à Madagascar*, Thèse de Doctorat, École des Hautes Études et Sciences Sociales, Paris Sciences et Lettres, 2018, 430 pp.

franco-malgache. Il aurait été alors en charge de l'instruction de 35 à 40 cadets choisis parmi les familles des notables de l'Imerina. Nous sommes donc en présence d'un terreau constitué d'une armée malgache déjà ancienne et formée sur place par les Britanniques, qui laissera place à l'armée coloniale française à partir de 1895. Celle-ci s'appuyait sur le patrimoine de l'armée précoloniale, auquel elle imposa la structure et l'organisation de l'armée coloniale française.

Après les indépendances de 1960, il était devenu impératif pour les anciennes colonies de se constituer une armée forte et souveraine. L'un des défis urgents était de relever la formation des cadres de l'armée, et celle des officiers supérieurs en particulier. Comme en plusieurs pays africains, à Madagascar cette formation est restée totalement dépendante de l'ancienne métropole de tutelle. De 1960 à 1966, la formation militaire des officiers à Madagascar est uniquement française. Madagascar se situait en quatrième position, parmi les nouveaux États bénéficiant de la formation militaire française, après le Maroc, le Cambodge et le Sénégal – en termes d'effectifs des élèves officiers étudiant en France en 1961. Ceux-ci constituèrent en totalité le vivier des futurs officiers et sous-officiers appelés à prendre la tête de l'armée en tant que cadres et formateurs, comme en d'autres autres pays africains tels que la Mauritanie ou les ceux issus de l'ancienne Afrique Occidentale Française¹⁰. L'EFORTOM¹¹, ouverte en 1956 à Fréjus, se donnait pour mission de former des officiers pour les pays nouvellement indépendants, en accueillant des sous-officiers qui seront formés pendant une année environ. L'EFORTOM ferma ses portes en 1966 après que huit promotions en soient sorties – Centenaire, N'Tchoréré, Communauté, Monthermé, Dji Robert, Chasselau Montluzin, Saint-Exupéry, Félix Éboué – regroupant un total de 273 élèves-officiers issus de quinze pays dont 34 officiers de Madagascar¹². Cette école assura l'essentiel de la formation des cadres des pays fraîchement décolonisés, mais force est de reconnaître que cette dernière était reconnue comme largement inférieure à celle des écoles militaires françaises.

¹⁰ C. EVRARD, « Retour sur la construction des relations militaires franco-africaines », *ibid.*

¹¹ EFORTOM : École de formation des officiers ressortissants des territoires d'outre-mer. Celle-ci est devenue, en 1959, l'École de formation des officiers du régime transitoire des troupes de marine (EFORTDM).

¹² L.SALMON, « Afrique : les armées, leur construction et leur rôle dans la formation de l'État », disponible sur le site : <https://croixdeguerre-valeurmilitaire.fr/afrique-les-armees-leur-construction-et-leur-role-dans-la-formation-de-letat/> (dernière consultation le 30/11/2022).

	1960	1966
Sous-officiers	66	16
Officiers	61	32

Tableau 1: Effectifs des gradés malgaches formés en France
Source: SHD/8H215 : Effectifs des militaires formés en France¹³

En 1966, six ans après la décolonisation de Madagascar, la totalité des officiers était encore formée en France. Il semble alors que l'ancienne puissance tutélaire avait gardé un contrôle délibéré en la matière, et continuait à maintenir son influence à travers la formation des militaires ainsi que la transmission des traditions militaires françaises, qui perduraient donc au sein des officiers malgaches. Cette situation participait à la réduction de la souveraineté nationale représentée par l'armée supposée acquise à l'avènement de l'indépendance. La création en 1966 de l'Académie militaire (AcMil) d'Antsirabe n'avait pas radicalement changé la situation. On constate en effet que les cadres de l'institution formatrice de la majorité des futurs officiers de l'armée malgache sont encore majoritairement français. La principale mission que l'académie se donne est de dispenser une formation initiale aux officiers, destinés à servir dans les forces armées malgaches et africaines. La formation issue de la promotion directe est le plus ancien programme de l'AcMil, elle est destinée aux civils, aux anciens élèves issus de l'école des enfants de troupes et aux étudiants étrangers venant principalement des pays de l'Afrique de l'ouest. Entre 1968 et 1990, pas moins d'une centaine d'officiers africains fut formée à l'Académie militaire d'Antsirabe.

Pays étrangers africains	Effectifs entre 1968 et 1990
Niger	27
Bénin	20
Congo	15

¹³ SHD/8H215 Formation des cadres en France (en 1966) : service civique malgache : intendance, cession de matériels ; assistance technique : affectation d'officiers français (1963-1965).

Tchad	10
Burkina Faso	8

Tableau 2: Étrangers formés à l’AcMil entre 1968 et 1990¹⁴
Source: ACAD/ Livret de l’Académie militaire 2012

Malgré la création d’une formation locale qui pouvait être en passe de devenir un fleuron de la formation des élites militaires africaines, le modèle académique militaire malgache est resté largement dépendant du système français. D’une manière ou d’une autre, la mainmise française – notamment dans les méthodes et dans l’organisation de la formation militaire – était toujours d’actualité, notamment par la présence des cadres français. Cette académie a été créée avec le concours des Français sous l’influence de son chef d’état-major particulier, le colonel Jean Bocchino. Celui-ci était par ailleurs très présent à l’Académie militaire, par le biais de fréquentes visites¹⁵. Par ailleurs, on remarque une forte présence des cadres français parmi les instructeurs de l’Académie militaire : en 1969, parmi les dix-huit cadres, douze sont français et six sont malgaches¹⁶.

Face à un certain attachement à la formation militaire française, la création de la promotion directe de l’AcMil en 1966 a suscité une fronde parmi les officiers qui avaient été formés antérieurement dans les différentes écoles françaises et qui tenaient à ce que les envois des élèves officiers en France continuent. L’un des leurs s’exprima en ces termes à ce propos: « *C’était la guerre...entre ceux qui voulaient par facilité peut-être une formation plus accessible et ceux qui ne voulaient pas d’une formation au rabais* »¹⁷. Dévalorisée et qualifiée de formation médiocre par ce sortant de Saint-Cyr, la formation à l’AcMil était en effet loin d’atteindre le niveau des exigences pédagogiques et intellectuelles des cursus de grandes écoles françaises, qui requièrent un passage par des classes préparatoires réputées pour leur haut niveau d’exigence. Cependant, se faisant porte-parole de la première promotion de l’AcMil, un ancien chef-d’état-major avec qui nous sommes entretenus défend la qualité de la formation de l’Académie, dans la mesure où le nombre d’élèves était moins élevé. Il égratigne par ailleurs ceux qui ont été formés en France, en relevant « *leur manque de pratique et leur difficulté de s’adapter au terrain malgache lorsqu’ils étaient de retour de Saint-Cyr. En effet, la formation militaire à l’AcMil dans laquelle l’encadrement est mieux suivi*

¹⁴ Promotion directe de l’Académie entre la IIIe promotion (1968-1971) et la XVIIIe (1987-1990).

¹⁵ ACAD/ Journal des Marches et Opérations, 1967-69.

¹⁶ ACAD/ Encadrement de l’AcMil en 1969, Journal des Marches et Opérations, 1967-69.

¹⁷ Extrait d’entretien avec le Général Marcel Ranjeva, ancien Ministre de la Défense (1996-2002).

grâce à notre nombre limité. Nous étions quarante environ dans les premières promotions, comme les quarante immortels contre une centaine par promotion à Saint-Cyr. Nous sommes par ailleurs plus proches du terrain que les saint-cyriens et plus à même de comprendre les réalités des forces armées malgaches »¹⁸.

La création de l'Académie Militaire d'Antsirabe avait donc suscité une certaine réticence de la part des officiers issus de la formation saint-cyrienne. Or, Madagascar devait faire face, comme tous les pays africains décolonisés, à la problématique des formations de cadres. Il était évidemment donc plus facile d'un point de vue administratif, financier et logistique de créer une école régionale. Il faut par ailleurs comprendre que malgré la création de l'Académie militaire, les étudiants qui choisissaient de se former à l'étranger – notamment en France – étaient en nombre réduit mais constant. Comme le précise effectivement Fabienne Dumont, les Africains considéraient généralement que la situation de l'enseignement en Afrique était congénitalement marquée d'infériorité, et aller en France voulait dire s'inscrire dans les écoles des Blancs et y étudier sur les mêmes bancs qu'eux¹⁹. Pour le cas des Malgaches en particulier, partir "*an-dafy*" c'est-à-dire à l'étranger est d'abord un signe de promotion sociale²⁰.

Nous venons, dans cette première partie, de broser une histoire, sur la longue durée, de la formation militaire à Madagascar. Une influence étrangère persiste dans la formation des élèves officiers, depuis l'ère précoloniale, en passant par l'Académie militaire d'Antsirabe, jusqu'à la formation à l'Est. Il nous a semblé important de revenir sur cette influence étrangère à Madagascar pour comprendre la facilité avec laquelle les élèves officiers acceptent de partir étudier à l'étranger, mais aussi leur profond ancrage dans une tradition d'étude et de formation occidentale. Cette situation participe à rendre d'autant plus difficile le passage à l'Est, que nous allons maintenant étudier.

II. Le cap à l'Est de l'Amiral Didier Ratsiraka

Après la chute du Président Philibert Tsiranana en 1972, l'armée accéda au pouvoir pour une période transitoire dirigée par le général Gabriel Ramanantsoa (1906-1979). Dans son gouvernement civilo-militaire, le capitaine de corvette

¹⁸ Général Mounibou, ancien chef d'État-Major (1997-2002) de l'armée malgache. Entretien 2016. Comprendre ici la référence au quarante immortels de l'Académie française.

¹⁹ F. GUIMONT, *Les étudiants africains en France : 1950-1965*, Paris, L'Harmattan, collection « Études africaines », 1997, 334 pp.

²⁰ F. V. RAJAONAH, « La grande guerre du côté des malgaches, quelles perspectives pour des colonisés ? », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, vol. 255, no. 3, 2014, pp. 27-45.

Didier Ratsiraka²¹ et le colonel Richard Ratsimandrava, respectivement Ministre des Affaires étrangères et Ministre de l'Intérieur, allaient mettre en place des politiques de nationalisation pour s'émanciper davantage de l'ancienne métropole. Dans le mouvement plus large des deuxièmes indépendances, Madagascar s'inscrit parmi les anciennes colonies françaises qui, victimes de la limitation de leur souveraineté, déclenchèrent plusieurs crises et optèrent pour la voie socialiste²². Après un mouvement social qui fut à la fois scolaire, étudiant et travailleur, les questions de l'enseignement, de la scolarisation et de la formation des élites de l'Indépendance furent soulevées puis mises au cœur de la révolte de mai 1972²³. Le divorce de Madagascar d'avec la France semblait alors consommé, symbolisé par le départ des derniers militaires français de la base navale de Diégo-Suarez mais aussi par la sortie de la zone franc en 1973, orchestrés fut Didier Ratsiraka. Son arrivée au pouvoir en 1975, après avoir reçu le pouvoir du Directoire militaire²⁴, marquait donc un cap mis à l'Est, d'où une réforme de l'armée malgache désormais appelée « Forces Armées Populaires ». Les accords de coopération se multipliaient : un accord-cadre de coopération culturelle et scientifique avec l'URSS fut signé le 31 janvier 1977 ; une dizaine de traités et d'accords de coopération est signée avec la Corée du Nord entre 1975 et 1978²⁵. Le gouvernement de Didier Ratsiraka envoya plusieurs milliers de boursiers malgaches dans le bloc de l'Union soviétique : Constantin Katsakioris dénombre

²¹ Ce capitaine de corvette accédera plus tard au grade d'Amiral. Didier Ratsiraka est né le 4 novembre 1936 à Vatomaniry dans la province de Toamasina à l'est de Madagascar. Ce marin de formation a été par deux fois Président de la République (1975-1993 et 1997-2002), il fut donc à la tête de l'État malgache pendant vingt-huit années. Cet officier de marine de carrière est surnommé « l'Amiral rouge », sûrement en lien avec le fameux Livre Rouge qu'il a écrit en vue d'y recenser et de diffuser les fondements du régime socialiste qu'il appelle de ses vœux – voir note 24 à ce sujet.

²² P. BROCHEUX, *Les décolonisations au XXe siècle. La fin des empires européens et japonais*, Paris, Armand Colin, « collection U » 2012, 336 pp.

²³ F. BLUM, « Madagascar 1972 : l'autre indépendance. Une révolution contre les accords de coopération », *Le Mouvement Social*, 2011, vol. 236 (n° 3), pp. 61-87.

²⁴ Il transforma ce dernier en Conseil suprême de la Révolution et publia une Charte malgache de la Révolution socialiste, le Livre Rouge, dans laquelle il énonça les principes politiques qui ont inspiré la nouvelle Constitution soumise à un référendum. À l'issue de celui-ci, il est élu président de la République démocratique malgache et commence à instituer un régime se réclamant du socialisme, fondant le parti politique « Avant-garde pour la Révolution malgache » (AREMA). Contrairement à bien des pays africains de l'époque, Madagascar n'applique pas officiellement un système de parti unique, mais de coalition unique, seuls les partis politiques adhérant au Front de défense de la Révolution (organe gardien des valeurs constitutionnelles) étant autorisés. Dans les faits, l'AREMA a largement dominé la II^{ème} République.

²⁵ Note sur la République populaire démocratique de Corée du 01 septembre 1988, Document rédigé par la Direction des relations bilatérales du Ministère de Affaires Étrangères, Madagascar.

ainsi 2401 diplômés malgaches d'universités et instituts techniques soviétiques en 1991²⁶.

Élève brillant, Didier Ratsiraka est d'abord éduqué chez les Jésuites à Madagascar, avant d'être admis dans le prestigieux Lycée Henri IV puis d'intégrer l'École navale de Brest en 1960²⁷. Bénéficiaire de la « voie royale » des classes préparatoires et de la formation d'une grande école d'officier, comme se plaisent à dire les francophiles qui adulent ce type de formation élitiste, l'Amiral n'a pas pour autant été enclin à souhaiter que des parcours similaires au sien se développent afin de pallier le manque de cadres techniques dont souffrait l'armée. Son positionnement politique à gauche, acquis pendant ses années d'étude en France, serait-il à l'origine de ce paradoxe ? Lui-même fournit les éléments de réponse suivants : « *Avant l'École navale, bien sûr qu'on était à gauche ! On n'était pas communistes, mais on était à gauche. Au lycée Henri IV, on avait un professeur de philosophie vraiment communiste, des professeurs d'histoire socialistes. Les professeurs d'histoire d'Henri IV ont été importants dans ma construction idéologique* »²⁸.

En prenant le pouvoir, l'Amiral imprime en effet à Madagascar un virage vers l'Est, destination des éléments de l'armée envoyés se former à l'étranger : « [...] *Effectivement, j'ai envoyé aussi des gens se former en Ukraine ou en Union soviétique, pour ne pas faire de jaloux et par la force des choses, puisque l'on ne peut pas former en France ou aux États-Unis des gens sur MIG-17, sur MIG-21 ou 21 bis*^[29], *sur les radars tridimensionnels que l'on avait, sur les hélicoptères Mi-8 et les Antonov-26*^[30] »³¹.

Il envoya ainsi plusieurs étudiants en Chine et en URSS, il est cependant jusque-là difficile, par manque de données, de savoir combien d'élèves officiers ont été réellement formés dans les pays de l'Est. En effet, en plus de la dimension secrète qui s'attache à de nombreux accords militaires et à leur exécution, les sources relatives aux anciens étudiants à l'Est et à leurs devenir sont fragmentaires, dispersées et difficilement accessibles³². Pour la période comprise

²⁶ C. KATSAKIORIS, « Creating a Socialist Intelligentsia », *Cahiers d'études africaines*, 2017, n° 226 (2), Éditions de l'EHESS, pp. 259-288.

²⁷ C. LAVRARD-MEYER, *Didier Ratsiraka Transition démocratique et pauvreté à Madagascar*, Paris, Karthala, collection « Hommes et Sociétés », 2015, 634 pp.

²⁸ *Idem*, spéc. p. 30.

²⁹ Les MIG-17, sur MIG-21 ou 21 bis sont des avions de chasse soviétique.

³⁰ Les MI8 sont des hélicoptères polyvalents conçus en ex-URSS et les Antonov des avions moyens courriers bi-turbopropulseurs soviétiques.

³¹ C. LAVRARD-MEYER, *Didier Ratsiraka Transition démocratique et pauvreté à Madagascar*, *op. cit.*, spéc. p. 87.

³² P. YENGO – M. de SAINT-MARTIN, « Quelles contributions des élites 'rouges' au façonnement des États post-coloniaux ? », *Cahiers d'études africaines*, 2017, vol. 226 (2), pp. 231-258.

entre 1979 et 1989, il paraît probable que les élèves-officiers ayant bénéficié d'une formation en Union soviétique se sont répartis en environ six promotions comptant chacune une vingtaine d'hommes. D'après Dominique Bangoura, les Africains disposaient en Union Soviétique de 24 académies et écoles militaires prévues pour les militaires de carrière, et de six écoles civiles mises à la disposition des spécialistes en stratégie, gestion et administration des services militaires. Entre 1955 et 1979, 14420 personnels militaires africains ont été formés en URSS³³. La difficulté de connaître exactement les personnes ayant séjourné en ex-URSS vient du fait qu'il n'existe aucun registre indiquant ceux qui ont pu bénéficier d'une bourse ou d'un programme émanant des pays de l'ex-URSS. Nos demandes aux services des ressources humaines du ministère de la défense de Madagascar n'ont pas reçu de suite. Les livrets de sortie de promotion qui recensent tous les élèves-officiers passés par l'Académie militaire depuis sa création nous ont permis de contacter une partie de ceux qui ont été formés en ex-URSS à partir des promotions appelées Peloton Spécial (PS), la première et la seconde comportant des mécaniciens et des pilotes des avions MIG. La difficulté à ce stade est de savoir comment récolter des données sur le nombre exact de militaires formés en ex-URSS, compte tenu du manque d'archives et de données.

Répondant à un besoin urgent de cadres spécialistes tels que pilotes, mécaniciens mais aussi médecins, plusieurs groupes d'officiers et de sous-officiers de l'armée de l'air furent alors envoyés en ex-URSS entre 1978 et 1986. Un départ qui s'opérait beaucoup plus tard que la plupart des étudiants africains ayant mis leur cap à l'Est dès le début des années 1960³⁴. L'année 1982 fut marquée par la sortie de la première promotion Peloton Spécial³⁵, constituée des premiers cadres spécialistes ayant effectué la quasi-totalité de leur formation en URSS. La cohorte de 1979, représentant le Peloton Spécial n° 2, comporte dix chasseurs ou pilotes d'avions de chasse. Cinq parmi ces élèves-officiers eurent le diplôme requis pour devenir pilotes d'avions de chasse, tandis que trois sont devenus pilotes d'hélicoptère MI8 et que deux d'entre eux rentreront à

³³ D. BANGOURA, *Les armées africaines, 1960-1990*, Paris, CHEAM – La documentation française, 1992, 190 pp.

³⁴ M. de SAINT MARTIN – G. SCARFO GHELLAB – K. MELLAKH (dir.), *Étudier à l'Est. Expériences de diplômés africains*, op. cit.

³⁵ À l'Académie militaire d'Antsirabe, il existe trois types de promotions. La première est la promotion directe, recrutée par concours et qui passe ses trois années de scolarité sur le campus. Le second type de promotion est le PS ou peloton spécial, devenu PFMCS (peloton de formation militaire des cadres spécialisés). Ce second type a été créé pour différencier les élèves-officiers admis à l'Acmil mais qui partaient en Union Soviétique pour se spécialiser. Les contours de ce parcours ont évolué : il correspond à ce jour à des recrutements de cadres déjà spécialisés ou diplômés qui intègrent l'armée malgache, tels que les médecins, les dentistes, des pilotes ou des ingénieurs mais aussi des historiens et des communicants. Le troisième type de promotion concerne les promotions inter-armes ou PIA qui intègrent les sous-officiers qui réussissent un concours interne pour devenir officiers.

Madagascar sans diplôme après avoir échoué aux examens et raté leur qualification pour devenir pilote. Enfin, les promotions de 1982 et 1983 comptent environ dix pilotes de chasse chacune³⁶. Ils ont pour la plupart été formés à l'école militaire d'aviation de Krasnodar³⁷ mais certains avaient été formés à Kiev ou à Odessa (Ukraine) et Frounze (Kirghizistan)³⁸. Environ une centaine d'élèves officiers, officiers de l'armée de l'air malgache furent formés en URSS de 1978 à 1989. Tout cela sans compter les militaires qui, à titre individuel, ont eu accès à des formations ou répondu à des offres de bourses ponctuelles. Dans le cadre des travaux entrepris en vue de cet article, nous n'avons pu rencontrer que des officiers de l'armée de l'air qui ont été formés spécialement pour être opérationnel sur les équipements offerts par l'URSS et la Corée du nord tels que les Mig21 ou Mig17 mais il faut préciser que certains éléments formés en Union soviétique relèvent également de l'armée de développement, de l'armée de terre, de la marine ainsi que du service de santé militaire.

III. Du départ au retour des élèves officiers formés à l'Est : frustrations et difficultés d'intégration

Les élèves officiers qui partaient en Union soviétique à partir de 1978 furent un des maillons destinés à donner corps à l'idéologie du Président Didier Ratsiraka, notamment en vue d'étoffer la décision d'être pleinement souverain d'un point de vue politique et militaire. À cette époque, les élèves officiers de l'armée de l'air poursuivirent généralement des formations d'une durée de trois ans, dans le but de devenir des techniciens supérieurs ou des pilotes d'avions de chasse. Cependant, le départ à l'Est, pour les élèves officiers et notamment ceux de la première promotion PS de 1978 qui devait partir se former sur les nouveaux équipements nord-coréens et soviétiques, ne relève pas forcément de leur choix. Le Général Alpha, avec qui nous nous sommes entretenus, nous relate que son arrivée à l'académie militaire d'Antsirabe en 1978 coïncida avec l'envoi des premiers militaires en ex-URSS, et qu'il fut choisi parmi les vingt-cinq devant

³⁶ Ces chiffres sont les résultats que nous avons déduits des entretiens que nous avons pu faire, car nous n'avons accès à aucune base de données sur les caractéristiques des promotions formées en ex-URSS durant cette période.

³⁷ Les renseignements sur les écoles militaires des pays ayant appartenu à l'ex-URSS sont peu disponibles. Ceux qui ont été formés à Krasnodar l'ont été principalement à Krasnodar École Supérieure Aviation Militaire (Krasnodar VVAUL (VU)) - Flight School supérieur militaire, située dans la ville de Krasnodar et aux alentours. Cette école de l'armée de l'air a été créée le 19 août 1938. Information disponible en ligne: <http://avia-pro.fr/blog/voenno-vozdushnaya-akademiya-filial-v-gorode-krasnodar>.

³⁸ Bichkek (kirghize : Бишкек) est la capitale et la principale ville du Kirghizistan. Fondée en 1878 comme forteresse russe, la ville a porté entre 1926 et 1992 le nom de Frounzé, en l'honneur du dirigeant soviétique Mikhaïl Frounzé.

partir. Il expliquait ce départ comme une obligation : « *On n'avait pas vraiment le choix sinon c'était peut-être la fin de la carrière militaire, d'autant plus que je candidatais pour être pilote et qu'à la fin, on me désigne pour être juste un technicien radio* »³⁹. Une désillusion pour celui qui rêvait de partir en Occident et de devenir pilote. Les conditions de départ furent difficiles d'après lui : « *Nous partîmes en catastrophe, moins d'une semaine pour préparer le départ, j'avais l'impression de partir fâché, ma mère apprit mon départ trois mois après en raison de la lenteur des courriers* »⁴⁰.

La période de formation comprend généralement une année d'apprentissage de la langue russe, puis une année d'enseignement militaire avant une autre de spécialisation. En plus d'une formation en tant que spécialistes ou techniciens, les élèves officiers auraient reçu une formation militaire classique. Après avoir passé trois ans à l'École Militaire de Krasnodar, Alpha affirme toutefois avoir reçu une vraie formation militaire et reste fasciné par la rigueur de la formation russe. Il raconte ainsi : « *Si tu tombais malade, tu recevais une punition parce que cela veut dire que tu n'as pas assez de rigueur pour prendre soin de ton corps et faire en sorte que tu ne tombes pas malade* ». Bravo, parti à l'École militaire d'aviation de Kiev en 1982 et revenu au pays en 1987 pour devenir ingénieur-mécanicien spécialiste des MIG-21, a pour sa part vécu une expérience différente à ce propos. Dans le cadre de sa formation, qui a duré cinq ans et comprenait une année de formation en langue russe aboutissant à un diplôme d'interprétariat, la formation militaire était réduite par rapport à celle prévue dans le cursus des officiers soviétiques, et la formation idéologique socialiste revêtait une grande importance : « *Nous avons juste eu une petite initiation à la formation militaire russe. C'était à l'époque socialiste donc on apprenait beaucoup aussi l'histoire de l'URSS et surtout celle de Lénine* »⁴¹. Cette formation idéologique n'avait cependant que peu d'impact car, non seulement Bravo avec qui nous nous sommes longuement entretenu en 2017 avait l'air d'avoir oublié – le temps aidant – le contenu de cette formation, mais encore les classes idéologiques des étudiants africains sont facultatives et peu populaires à cause du poids de l'apprentissage de la langue ainsi que le souligne Constantin Katsakioris⁴². Il est cependant légitime de se demander si à l'époque le but était de former des cadres militaires « pro-soviétiques ». En effet, à l'Académie militaire, la diffusion des idéologies prônées par le Livre Rouge battait alors son plein, notamment à travers les changements survenus dans les programmes d'enseignement de l'Acmil.

³⁹ Entretien Alpha, 2016.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Entretien Bravo, 2017.

⁴² C. KATSAKIORIS, « Creating a Socialist Intelligentsia », *ibid.*

Les formations dans une école militaire contiennent indéniablement une importante partie idéologique. Il semble normal que l'État veuille transmettre des éléments d'idéologie à ses élèves officiers pour qu'ils puissent être pleinement conscients de la tâche qui leur incombe. Dans la mesure où les militaires doivent une allégeance sans faille à l'État afin de pouvoir le servir, celui-ci se doit de prodiguer les enseignements adéquats en fonction de ses besoins ou de ses moyens. Par exemple, pour les promotions de 1983 à 1985, la matière « Politique de développement » a été supprimée et remplacée par « Idéologie »⁴³. On peut ainsi voir une immixtion de l'État socialiste dans la formation militaire pour la mettre en adéquation avec les objectifs mentionnés par la Charte de la Révolution socialiste malgache : « *Les acquis de la Révolution ne peuvent être défendus que si l'on dispose d'une force capable de les défendre. Les soldats seront des militants en uniforme et les Forces Armées Populaires seront un instrument au service du peuple, aux ordres du Gouvernement mais aussi une école du citoyen et du militant* »⁴⁴.

La question qui se pose alors est de savoir si les militaires sont destinés à servir un État ou bien un régime. En effet, nous voyons comment l'État socialiste malgache, en tirant les conséquences du Livre rouge sur les programmes d'enseignement de l'Acmil, entreprend d'inculquer les valeurs et l'idéologie de la révolution socialiste aux futurs officiers. Le régime de Didier Ratsiraka, qui va encore plus loin en envoyant les cadres militaires faire toute leur formation militaire dans un pays de l'ex-URSS, éprouve cependant des difficultés dans la voie d'une soviétisation de l'armée, et ce pour deux raisons. La première tient à ce que, contrairement aux pays socialistes comme le Congo où en plus des mécanismes internes les militaires disposent avec leur formation à l'Est d'une échelle promotionnelle parallèle basée sur le militantisme du parti⁴⁵, à Madagascar le retour et l'intégration des élèves officiers formés à l'Est sont plus difficiles. La difficulté à s'intégrer de ces officiers à leur retour au pays est réelle, de même que la méfiance du Commandement qui les accueille. La seconde raison est la difficulté de ces militaires à s'insérer dans les milieux politique et économique, ainsi qu'un manque de considération flagrant pour une élite militaire que beaucoup considèrent comme étant inférieure à celle issue de Saint-Cyr de l'Académie Militaire malgache. Une autre source de frustration était palpable en ce qui concerne le respect des traditions militaires propres à l'Acmil : les officiers formés ailleurs avaient le désavantage de ne pas avoir suivi les étapes de formation qui constituent les éléments forgeant les âmes des promotions et contribuant à

⁴³ ACAD/ Livret de l'étudiant, sortie de promotion 2012.

⁴⁴ D. RATSIRAKA, *Charte de la révolution socialiste Malagasy*, Tous azimuts. Antananarivo, 1975, 117 pp.

⁴⁵ P. YENGO, « Former des cadres 'rouges et experts'. Mouvement étudiant congolais en URSS et parti unique », *ibid.*

développer leur esprit de corps⁴⁶. Le fait de partir et d'y revenir pose la problématique de l'intégration, qui normalement se réalise au cours de la formation à l'AcMil. Alpha, qui rentre avec ses camarades en 1982, souligne les premières difficultés rencontrées à leur retour, vis-à-vis tant du commandement que des autres élèves-officiers. En effet, sur plus d'une centaine à intégrer la onzième promotion de l'AcMil en 1978, vingt-cinq ont été choisis pour partir suivre la formation de pilotes et mécaniciens MIG à Krasnodar. À leur retour trois ans après, leurs compagnons restés sur place étaient déjà sortis de l'AcMil avec le grade de sous-lieutenant, contrairement à eux : « *Nous n'avions plus notre place à l'ACMIL, nous étions en marge des traditions, les zandry (cadets) ne nous considéraient pas comme leur Zanahary* ^[47] *alors que nous étions là avant eux. Il n'y avait pas non plus de système d'équivalence ni de passerelle pour la reconnaissance de nos diplômes* »⁴⁸. Un débat avait alors surgi du fait d'un décret signé par le ministre des forces armées, en vertu duquel leur rattachement à la onzième promotion leur donnait accès au grade de sous-lieutenant. Or, cette promotion constituant le premier cas de ce genre à faire une formation entière à l'étranger, les cadres de l'académie considéraient tout simplement qu'ils n'avaient pas fini leur formation militaire : « *Au retour, nous étions du coup un peu frustrés, tu sais la grande gueule des militaires. Ils nous disaient, les soviétiques, ils ne savent rien, ils ne valent rien... C'est vrai que l'armée malgache a envoyé des militaires là-bas mais l'ossature de l'armée malgache est restée occidentale, française* »⁴⁹.

La question de la reconversion des officiers se pose lorsque les armes sur lesquelles ils servent deviennent obsolètes. En effet, la fin de la période socialiste (avec la chute de l'ex-URSS), mais aussi l'avènement des plans d'ajustement structurel, ont entraîné le chômage technique de la plupart des techniciens dans les années 90, lorsque les avions n'ont plus été en état de marche. La plupart ont dû se reconvertir et ceux qui étaient dans l'incapacité de le faire se sont retrouvés dans des situations précaires, et l'impression de n'avoir plus aucune utilité professionnelle représente une source de grande frustration chez un officier militaire. Le Général Charlie, pilote de ligne, raconte qu'il a dû trouver une voie de reconversion. La promotion du général Charlie a quitté Madagascar en novembre 1983 pour aller à Krasnodar se former pendant trois ans, pour être pilote de chasse. Il fut le seul, parmi les quatre prétendants pilotes envoyés, à pouvoir décrocher le diplôme de commandement tactique de l'avion de chasse en octobre

⁴⁶ J. DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État: sociologie historique des forces armées à Madagascar, op. cit.*

⁴⁷ Littéralement traduit par « Dieu », ce mot est l'appellation des aînés ou des promotions supérieures de l'Académie militaire correspondant aux troisièmes années ou ceux qui vont sortir prochainement sous le grade de Lieutenant.

⁴⁸ Entretien Alpha, 2016.

⁴⁹ *Idem.*

1985. Il revint à Madagascar et exerça comme pilote et chef de bureau de vol, s'occupant ainsi de toutes les organisations et préparations de vols, des briefings et débriefings d'après vol, en contact avec les agents de contrôle, en charge de la préparation du ravitaillement en carburant, du suivi des visites médicales des pilotes, et de l'enregistrement de leurs heures de vol. Il affirme avoir volé pour la dernière fois avec les MIG 21 en juillet 1992, après la chute du pouvoir révolutionnaire, le Président Zafy Albert qui succède à Didier Ratsiraka ayant donné l'ordre de ne plus faire voler les avions. Pour lui, l'arrêt des vols des MIG 21 était lié à leur consommation de carburant, qui s'avérait budgétivore pour l'État au point qu'il ne parvenait plus à subvenir à l'ensemble des dépenses afférentes aux avions. Cette situation a fait que chaque pilote, de sa propre initiative, devait s'occuper de sa réorientation professionnelle et se tourner par conséquent vers des entreprises privées et civiles. Bravo avait pris la décision d'étudier au sein d'une école d'aviation privée, et a fait partie de la deuxième cohorte formée dans cette école. Il reçut alors en 1995 son diplôme de pilote professionnel, et a pu obtenir deux contrats au sein d'une compagnie aérienne affiliée à la compagnie nationale malgache. Il pilotait alors des vols privés, parmi lesquels des évacuations sanitaires. Il a pu exercer cette fonction avec l'autorisation émanant du ministre de la défense de l'époque. Une fois ses contrats arrivés à terme, il a pu réintégrer, continuer et finir sa carrière dans l'armée. Charlie justifiait son travail en dehors de l'armée par la suspension de vol des MIG 21, comme plusieurs autres pilotes d'ailleurs, afin de maintenir sa propre performance de pilote: il lui fallait s'efforcer de chercher du travail ailleurs sans toutefois quitter l'armée. Il disait aussi qu'il a étudié au sein d'une école en gestion et finance très cotée de la capitale, comme beaucoup d'autres officiers en quête de formation et de reconversion. Beaucoup ont en effet fait d'autres études et repris des études universitaires. Bref, l'armée de l'air malgache battait des ailes.

Cependant, il faut relever que, parmi leurs co-promotionnaires ou leurs pairs formés au pilotage des appareils russes et nord-coréens, nombre d'entre eux ont dû démissionner, certains sombrant alors dans l'alcoolisme par désœuvrement. Ce sont des problèmes qui gangrènent l'armée actuelle, dans la mesure où aucune prise en charge n'est prévue pour ces officiers, et ce d'autant plus qu'aucune donnée n'est disponible pour rendre compte de l'ampleur de la situation. Les élèves-officiers qui sont partis étudiés en Union Soviétique furent plutôt des victimes collatérales de la politique du Président Didier Ratsiraka. En effet, la réforme militaire mettant en place les Forces Armées Populaires, engagée par Ratsiraka, ne reçut pas une adhésion totale chez les officiers militaires. La formation des officiers de l'armée de l'air partis en ex-URSS peut être finalement caractérisée comme étant, dès sa création, marginalisée et marginalisante. L'AcMil reste une référence pour les officiers malgaches, mais il se trouve que la réintégration est difficile pour les élèves officiers qui ont effectué leurs études à l'étranger. En effet, les jeunes militaires formés en ex-URSS étaient dès leur

retour confrontés à un problème relationnel avec le commandement. Les éléments du commandement de l'époque méconnaissaient le contenu de la formation de ces nouveaux arrivants et pensaient qu'ils constituaient de réels dangers de rébellion et d'espionnage en raison du fait qu'ils étaient peut-être plus doués, mieux formés, plus « communistes » ou « socialistes ». Le fait de suivre une année de formation supplémentaire à l'Académie pour les incorporer dans le commandement malgache représentait, pour ces élèves-officiers formés en Union soviétique, une frustration, que ce soit par rapport à la non-reconnaissance de leurs diplômes ou en termes d'avancement de grade. En effet, la plupart de leurs promotionnaires ayant effectués toute leur scolarité à l'Acmil était alors déjà sous-lieutenant, ils avaient le sentiment que la formation militaire en ex-URSS était complètement dévalorisée ou du moins n'était pas prise en compte à sa juste valeur lors du retour au pays. L'on retrouve ainsi des problématiques similaires à celles issues de la création de l'Académie militaire d'Antsirabe, concernant les rapports entre les personnels exclusivement formés au sein de cette académie et les anciens Saint-Cyriens.

Conclusion

Les parcours souvent méconnus de ceux qui ont été formés en ex-URSS sont souvent sources de mythe ou de crainte de la part de leurs pairs et des générations précédentes issues d'une formation occidentale. Une appréhension soutenue, par ailleurs, par le manque de transparence dont font preuve les gouvernements des (ex-) régimes soviétiques. Cela implique que le retour et l'intégration sont souvent devenus problématiques, et le malaise s'est accentué après l'effondrement du bloc socialiste. Il existait en effet une méfiance à l'égard des militaires formés en ex-URSS. Une méfiance qui avait permis une légitimation de la mise à l'écart de cette partie de l'élite militaire malgache. Il faut souligner par ailleurs que l'Académie militaire ne constitue cependant pas le seul vivier de la formation des officiers militaires à Madagascar. Il faut non seulement rajouter aux promotions qui ont étudié en ex-URSS, la totalité des officiers de la Marine, qui sont issus d'écoles navales extérieures (France, États-Unis, Maroc, Guinée...). Madagascar ne possédant pas d'école navale pour la spécialisation des officiers de la marine, la totalité des élèves officiers de la marine malgache est formée à l'extérieur. Ceux-ci, au même titre que les officiers formés en Union soviétique, rencontrent également des difficultés de réinsertion dans la mesure où ils ne se retrouvent ni dans les promotions, ni dans les traditions au sein de l'armée malgache actuelle.

À Madagascar, la formation des élèves officiers relève d'une tradition occidentale depuis le XIX^{ème} siècle. La mise en place d'une formation locale et le

cap à l'Est n'ont pu changer des ancrages multiséculaires. En effet, dans un pays marqué par le choix socialiste effectué d'en haut à partir de 1975, l'Académie Militaire est restée un vivier de production d'élites imprégnées de la tradition française depuis sa création, et a donc littéralement subi le tournant vers l'Est. Ces élèves officiers ayant effectué leurs études dans des pays étrangers constituent plusieurs groupes qui cohabitent avec ceux sortis de la seule Académie militaire. Certains d'entre eux sont considérés souvent comme étant une « promotion oubliée », dans la mesure où ils évoluent seuls sans l'effet promotionnaire et l'esprit de corps qui forgent les solidarités entre militaires. Ces élèves officiers formés ailleurs deviennent par conséquent majoritairement des officiers qui finissent par être bloqués dans leurs avancements et leurs carrières professionnelles. En effet, non associés aux décisions professionnelles mais aussi politiques véhiculées par l'esprit de corps des officiers académiciens, force est de reconnaître qu'ils deviennent en grande partie marginalisés.

Articles

**DROIT PÉNAL
PROCÉDURE PÉNALE**

La confiscation en matière pénale Analyse de droit comparé franco-malagasy

Narindra Arivelo RAMANANARIVO

Docteur en droit

Résumé :

Les avancées technologiques de l'ère de la mondialisation ont modernisé la société actuelle et accéléré la circulation des biens ainsi que des personnes ; les nouvelles technologies constituent un instrument privilégié par les délinquants pour perpétrer leurs actes criminels. Face à l'ampleur grandissante de la criminalité, l'approche pénale plébiscitée par les instances internationales soutient que désormais les sanctions pénales ne devraient plus se cantonner aux seules privations des libertés individuelles mais atteindre les criminels dans leur patrimoine à travers l'élargissement de la confiscation. Dans cette perspective, la France a adopté des réformes législatives et institutionnelles significatives pour permettre d'appréhender les avoirs criminels. À Madagascar, le dispositif régissant la confiscation est en cours de mise en place. L'adoption récente de l'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites et la création de l'agence de recouvrement des avoirs illicites constituent des étapes importantes franchies en matière de récupération des avoirs criminels. Suivant une démarche comparative, l'article présente les acquis en droit français sur la confiscation pénale afin de servir de grille d'analyse aux praticiens malagasy dans l'appréhension du nouveau régime juridique applicable à Madagascar. Les différents aspects du mécanisme existant sont, par ailleurs, examinés en vue de nourrir les réflexions quant à l'intégration de la nouvelle dimension de la confiscation pénale dans la culture judiciaire malagasy.

Mots-clés :

Confiscation – Confiscation spéciale – Confiscation générale – Confiscation obligatoire – Confiscation en valeur – Confiscation sans condamnation préalable – AGRASC – ARAI.

Abstract :

Technological advances, in the age of globalization, have modernized contemporary society and accelerated the movement of goods and persons; new technology is now a common tool used by criminals to commit their offences. Faced with the increasing level of criminality, international organizations support a criminal law response involving not only deprivations of personal liberty but also patrimonial deprivations based on the legal status of criminal confiscations with a broad scope of application. In this respect, France has adopted some significant legal and institutional reforms in order to deprive criminals of their goods. In Madagascar, the legal status of criminal confiscations is being put in place. The recently passed Order on the recovery of illicitly acquired assets, and the creation of an illicit asset recovery agency constitute some key steps along the way. Using a comparative methodology, this study analyses the achievements of French law regarding criminal confiscations, in order to provide Malagasy legal practitioners with a matrix that will be useful for them to form their own approach of the new applicable legal status in Madagascar. The various aspects of this status are also discussed in order to facilitate further investigations into how the new dimension of criminal confiscation can become part of the Malagasy judicial culture.

Keywords :

Criminal Confiscation – Special confiscation – General confiscation – Mandatory confiscation – Value confiscation – Confiscation without a prior criminal conviction.

Introduction

Face à l'évolution et à l'essor considérable de la criminalité, les méthodes classiques, notamment la privation de liberté et les peines d'amende, ont été jugées insuffisantes et inopérantes pour une lutte efficace. Ainsi, sous l'impulsion des instances internationales, les instruments répressifs ont-ils été diversifiés et développés. Corrélativement, la confiscation pénale a connu, ces derniers temps, une expansion fulgurante et les politiques pénales des pays convergent, de plus en plus, vers la captation des avoirs criminels. Afin de « garantir que le crime ne paie pas »¹, la confiscation pénale porte atteinte au droit de propriété. Certaines analyses ont, en effet, révélé que la commission de l'infraction perdra de son intérêt du moment que le délinquant ne pourra pas profiter et récupérer le produit de ses activités après son incarcération². De plus, la confiscation pénale permet de priver la famille du délinquant de la jouissance des avoirs illicites³ et sans financement, la continuité des activités illicites se retrouverait altérée voire anéantie.

Les mécanismes de confiscation en matière pénale ont été consacrés dans plusieurs conventions interétatiques⁴. Nous citerons, entre autres, la Convention des Nations unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (dite « *Convention de Vienne* »), texte précurseur en matière de confiscation pénale. Son champ d'application étant restreint à la confiscation du produit des infractions en matière de trafic des stupéfiants, ses principes ont ensuite été repris dans la Convention des Nations unies sur la criminalité transnationale organisée du 12 décembre 2000 (dite « *Convention de Palerme* »), pour être étendus à toutes les infractions ayant une dimension transnationale et commises dans le cadre d'un groupe organisé. Par ailleurs, la Convention des Nations unies relative à la lutte contre le financement du terrorisme, adoptée en 1999, prévoit la confiscation en ses dispositions. De plus, la convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée le 9 décembre 2003 (dite « *Convention de Mérida* »), préconise, en son article 31,

¹ Communication de la Commission du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2008 – Produit du crime organisé : garantir que le « *crime ne paie pas* » [COM(2008) 766 final].

² Sur le caractère dissuasif de la confiscation pénale, notamment l'analyse du coût/avantage de la commission de l'infraction par l'agent ou l'analyse économique du droit pénal, voir L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, Paris, Dalloz, collection « Dalloz référence », 2^{ème} édition, 2021, 580 pp., spéc. p. 2.

³ Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime*, 2013, p. 11.

⁴ F. FALLETTI, « La confiscation de l'argent sale ou les nouveaux instruments de l'action internationale à l'égard du ressort des activités criminelles », *Revue internationale de droit pénal*, 2003/1 (Vol. 74), pp. 589-617.

l'adoption par les États parties de toutes les mesures utiles aux fins d'empêcher les criminels de jouir du produit de leurs agissements. À l'échelle européenne, l'importance particulière de la confiscation pénale se traduit par plusieurs instruments conventionnels adoptés en vue de favoriser l'identification, la saisie et la confiscation des avoirs criminels. Il en est ainsi de la Convention du Conseil de l'Europe, du 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (dite « *Convention de Strasbourg* »), ou encore de la Convention du Conseil de l'Europe, du 16 mai 2005, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (dite « *Convention de Varsovie* »). Dans le but d'harmoniser les pratiques en matière de saisies et confiscations pénales, et de faciliter, par la même occasion, la coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne, ces conventions ont été suivies d'une multitude de décisions-cadre, décisions, directives et règlements de l'Union⁵. Sur le continent africain, l'article 16 de la Convention de l'Union Africaine relative à la prévention et la lutte contre la corruption, ainsi que l'article 8 du Protocole de la SADC⁶ relatif à la corruption, prévoient les mesures devant être prises par les États Parties en matière de confiscation pénale. Ces derniers sont tenus de mettre en œuvre les conventions une fois ratifiées, autrement dit, d'assurer la transposition ou l'incorporation de leurs stipulations dans leur ordre juridique interne.

En vue de respecter les engagements internationaux consentis et d'assurer l'application du droit de l'Union européenne, des réformes substantielles ont été

⁵ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil, du 26 juin 2001, concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *J.O.U.E.*, 5 juillet 2001, L 182/1 ; décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil, du 22 juillet 2003, relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *J.O.U.E.*, 2 août 2003, L 196 ; décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil, du 24 février 2005, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, *J.O.U.E.*, 15 mars 2005, L 68/49 ; décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil, du 6 octobre 2006, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, *J.O.U.E.*, 24 novembre 2006, L 328/59 ; décision 2007/845/JAI du Conseil, du 6 décembre 2007, relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, *J.O.U.E.*, 18 décembre 2007, L 332/103 ; directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 13 mai 2014, L 138 ; règlement 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, *J.O.U.E.*, L 303/1 du 28 novembre 2018. Voir également Lionel ASCENCI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, op. cit., p. 5

⁶ SADC : *Southern African Development Community* ou Communauté de développement de l'Afrique australe.

réalisées en droit français en matière de confiscation pénale⁷. Dans le même sens, les réformes législatives et structurelles sur le recouvrement des avoirs illicites, récemment survenues à Madagascar, résultent de la volonté du pays de respecter son obligation de mise en conformité avec les exigences internationales. Quoique la mesure de confiscation ait été inscrite depuis longtemps dans le droit pénal malagasy, sa portée n'a été élargie qu'avec les évolutions les plus récentes de l'arsenal répressif. Une chambre des saisies et des confiscations a été instaurée au sein des pôles anti-corruption par la loi n° 2016-021 du 22 août 2016, modifiée, complétée et abrogée en certaines de ses dispositions par la loi n° 2021-015 du 5 août 2021. La loi n° 2018-043 du 13 février 2019, sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, a par ailleurs prévu une série de dispositions spécifiques sur la confiscation pénale. L'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019, relative au recouvrement des avoirs illicites, a été particulièrement novatrice : elle apporte des précisions sur les procédures de confiscation et institue une Agence de recouvrement des avoirs illicites à Madagascar (ARAI). Cette agence est devenue opérationnelle suite à l'entrée en vigueur du décret n° 2021-960 du 29 septembre 2021, relatif à sa création, sa composition, son organisation et son fonctionnement. Ces jalons dénotent la résolution du pays à rénover la mesure de confiscation et à se mettre au diapason des conventions internationales ratifiées. Le principal but étant de freiner la progression de la délinquance économique et financière, le potentiel répressif de la confiscation pénale s'en trouve nettement accru.

Une interrogation subsiste, toutefois, en ce qui concerne la pertinence et l'efficacité du dispositif malagasy en matière de confiscation pénale. L'encadrement mis en place permettra-t-il d'atteindre les objectifs visés, et

⁷ Plusieurs lois ont été successivement adoptées en vue d'apporter de réformes profondes au régime juridique français de la confiscation à savoir : loi n° 90-614, du 12 juin 1990, relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants ; loi n° 2004-204, du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi n° 2007-297, du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance ; loi n° 2010-768, du 9 juillet 2010, visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale ; loi n° 2012-409, du 27 mars 2012, de programmation relative à l'exécution des peines ; loi n° 2013-1117, du 6 décembre 2013, relative à la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ; loi n° 2016-761, du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi n° 2021-401, du 8 avril 2021, améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale ; loi n° 2021-1031, du 4 août 2021, de programmation relative au développement solidaire et à la lutte contre les inégalités mondiales.

Pour aller plus loin, voir notamment A. BEZIZ-AYACHE, « Confiscation » in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2017, pp. 1-5 ; J.-F. THONY –E. CAMOUS. « Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels : les nouveaux outils de la loi française », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 84, no. 1, 2013, pp. 205-216.

notamment d'écarter les risques de dévoiement de la mesure de confiscation pénale vers d'autres finalités que celles qui sont les siennes ? Pour répondre à cette interrogation, une analyse comparative du droit français en matière de confiscation pénale et du dispositif malagasy actuel, apparaît opportune. Le cadre juridique malagasy de la confiscation pénale étant en cours d'édification, il est besoin de tirer parti d'expériences étrangères plus développées en la matière, afin de mettre en lumière et de mieux appréhender la construction juridique en cours ainsi que les modes d'intégration, d'appropriation et de réception, par les praticiens, de la nouvelle approche de la sanction pénale que recèle la mesure de confiscation.

À cet égard, il importe de rappeler que Madagascar a été sous domination française de 1896 à 1960, ce qui explique que le droit malagasy a hérité de nombreux aspects des traditions juridiques françaises. Dans certains domaines particuliers, ce droit positif malagasy d'inspiration romano-germanique coexiste avec le droit coutumier. C'est dans ce cadre qu'il faut constater qu'en matière de confiscation pénale, les profondes mutations du droit français ont trouvé un écho dans l'ordre juridique malagasy. Si donc la présente démarche comparative ne peut aucunement tendre à un rapprochement ou une uniformisation des dispositifs juridiques sur la confiscation pénale – le développement historique, le contexte sociopolitique et l'environnement juridique différent trop entre les deux pays – un regard croisé sur les régimes juridiques français et malagasy n'en présente pas moins de grands intérêts techniques. En effet, le régime de confiscation pénale est à ses prémices à Madagascar, les praticiens malagasy pourront tirer parti des conclusions de l'étude comparative pour mieux cerner les différents rouages du dispositif de confiscation pénale ainsi que les tendances d'évolution du système.

La comparaison des droits français et malagasy, en matière de confiscation pénale, aboutit à trois résultats. D'une part, si la typologie des régimes de confiscation pénale est identique dans les deux pays, ses concrétisations peuvent varier suivant le pays considéré (I). D'autre part, dans leurs champs d'applications respectifs, ces régimes incluent tous une conception ample du bien confiscable, conçue comme une garantie de leur effectivité (II). Enfin, le prononcé de mesures de confiscation pénale suppose des processus administratifs et judiciaires adéquats, et c'est à cet égard que l'expérience française peut être la plus profitable d'un point de vue technique à Madagascar (III).

I. Les régimes de confiscation pénale : une typologie identique mais concrétisée de manière variable

Tant en droit français qu'en droit malagasy, les diverses formes de confiscation suivantes sont admises : la confiscation spéciale, qui « *porte sur une chose déterminée* », la confiscation générale, qui « *consiste dans la mainmise de l'État sur les biens du condamné* »⁸ et la confiscation obligatoire qui s'applique à certains cas déterminés par la loi. En ce qui concerne la confiscation spéciale, une même évolution est perceptible dans les deux ordres juridiques : un élargissement de la portée possible des mesures de confiscation, avec l'abandon du lien normalement exigé entre le bien et l'infraction, étant toutefois entendu que cet élargissement est plus prononcé en droit français qu'en droit malagasy (A). Quant à la confiscation générale du patrimoine, si les deux ordres juridiques la prévoient pour certaines infractions à raison du caractère de gravité particulier qui leur est prêté, les infractions concernées sont plus nombreuses en droit français qu'en droit malagasy, lequel de surcroît subordonne la portée de la confiscation à l'importance du préjudice lié à l'infraction (B). Les variations sont moindres pour ce qui est de la confiscation obligatoire, mesure uniformément impliquée par le statut juridique de la chose ciblée (C).

A. La confiscation spéciale : une portée élargie avec l'abandon, dans des cas toutefois variables, du lien normalement exigé entre le bien et l'infraction

La confrontation des droits français et du droit malagasy montre que la confiscation spéciale cible l'instrument, le produit et l'objet de l'infraction et qu'ainsi, il doit exister un lien entre les biens confisqués et l'acte répréhensible. D'après le Code pénal français, la confiscation des biens pourra être prononcée pour les infractions réprimées d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse, si les biens ont servi à commettre l'infraction, ou sont destinés à la commettre, ou encore sont le produit direct ou indirect de l'infraction⁹. Dans le droit malagasy, aux termes de l'article 11 du Code pénal, la confiscation spéciale pourra être ordonnée concernant le corps du délit, les choses produites par le délit ou encore celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre. De surcroît, l'article 18,

⁸ A. BEZIZ-AYACHE, « Confiscation » in *Répertoire du droit pénal et de procédure pénale*, *ibid.*, p. 1.

⁹ Art. 131-21, al.1, 2 et 3 du Code pénal français.

L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, p. 62.

E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *JurisClasseur Pénal*, Art. 131-21 et 131-21-1, Fasc. 5-30, mise à jour le 27 novembre 2017, p. 9.

alinéas 1 et 2, de l'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites, prévoit que la confiscation porte sur tous biens meubles ou immeubles, objet de l'infraction ou ayant servi ou ayant été destinés à la commettre, tous biens produits de manière directe ou indirecte par l'infraction.

Toutefois, une rupture du lien entre le bien et l'infraction, et donc une extension de l'ampleur de la confiscation, a été introduite à certains égards dans les deux droits. C'est le cas tout d'abord en droit français, à la suite de l'introduction du mécanisme de la confiscation élargie¹⁰. L'article 131-21, alinéa 5, du code pénal français, prévoit en effet que « [...] *s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, [...], lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine* ». Le droit malagasy a repris à la lettre la disposition française relative à la confiscation élargie, à travers l'article 18, alinéa 3, de l'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites.

Cependant, il existe une différence majeure entre les deux dispositions : en droit malagasy, le champ d'application de la confiscation élargie est limité à quelques infractions économiques et financières énumérées dans l'ordonnance, alors qu'en droit français, ce champ d'application couvre toutes les infractions supérieures à un seuil de peines¹¹. En effet, l'ordonnance n° 2019-015 prescrit en son article 2 que les avoirs illicites, au recouvrement desquels elle s'applique, consistent en des « *biens et avantages patrimoniaux de toute nature tirés des détournements de biens et de deniers publics, d'infractions de corruption, de blanchiment de capitaux et/ou de financement du terrorisme* », ce dont il résulte clairement que la portée de la confiscation prévue ne couvre que les infractions ainsi définies. La confiscation élargie sera encourue lorsque la personne qui a tiré profit d'un bien, dont elle est propriétaire ou a le contrôle, ne peut en justifier l'origine licite. L'existence du lien entre l'infraction et le bien à confisquer n'est plus exigée, tous les biens dont l'origine ne pourra pas être justifiée seront confisqués¹², de sorte qu'il appartient à la personne poursuivie

¹⁰ Pour aller plus loin, voir J. BOURGAIS, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, Thèse Droit, Poitiers, 2021, 689 pp., spéc. pp. 360 et s.

¹¹ D'après l'article 131-21 du Code pénal français, il s'agira d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect.

¹² « *Peu importe que le profit initial soit minime par rapport à la valeur des biens objet de la confiscation* », E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. pp. 9-14.

d'apporter les justificatifs nécessaires établissant de la licéité de l'origine des biens concernés. Le renversement de la charge de la preuve qui en résulte tendant à faciliter le prononcé de la peine de confiscation, les principes de proportionnalité et de nécessité de la peine devraient être rigoureusement appliqués¹³ par les autorités malagasy compétentes, afin d'assurer l'indispensable équilibre entre l'efficacité répressive et la préservation des droits de la défense ainsi que la présomption d'innocence de la personne mise en cause.

B. La confiscation générale du patrimoine : une faculté limitée à des infractions graves et affectée d'une condition de proportionnalité variables

Les droits français et malagasy, pour certaines infractions déterminées en raison de leur gravité particulière, prévoient la faculté de prendre une mesure de confiscation générale du patrimoine, tout en divergeant quant à l'ampleur des atteintes au droit de propriété ainsi rendues possibles.

Une des avancées législatives significatives du droit pénal français consiste en l'élargissement du champ d'application de la confiscation générale. Ainsi l'article 131-21 alinéa 6 du code pénal français prévoit-il que « [...] lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné [...] ». Pour les infractions d'une certaine gravité, limitativement énumérées¹⁴, la

En l'occurrence, les conditions pour prononcer la peine de confiscation s'apparentent aux caractères de l'infraction de non-justification de ressources prévue à l'art. 321.6 du Code pénal français.

¹³ Sur la proportionnalité des confiscations, V. L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, op. cit., spéc. pp. 66-79.

¹⁴ *Idem*, spéc.p. 65. Ces infractions sont les suivantes : crime contre l'humanité (Art. 213-1, 4° et 213-3, 2° du Code pénal), eugénisme et clonage reproductif (Art. 215-1 et 215-3 du Code pénal), infractions à la législation sur les stupéfiants à l'exception de la cession ou l'offre illicites de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle (Art. 222-49 du Code pénal), trafic d'armes (Art. 222-66 du Code pénal), traite des êtres humains, proxénétisme et infractions qui en résultent (Art. 225-25 du Code pénal), corruption de mineur en bande organisée ou à l'encontre d'un mineur de 15 ans et de pédopornographie en bande organisée (Art. 227-33 du Code pénal), blanchiment (Art. 324-7 et 324-9 du Code pénal), terrorisme (Art. 422 du Code pénal), infractions relatives à la fausse monnaie (Art. 442-1 à 442-3 du Code pénal), association de malfaiteurs en vue de la préparation d'une infraction punie de 10 ans d'emprisonnement et de délit de non justification de ressources aggravé prévu par l'article 321-6-1 du Code pénal (Art. 450-5 du Code pénal), crimes et délits de guerre (Art. 462-6 du Code pénal), aide à l'entrée et au séjour irréguliers aggravés (Art. L. 622-6 et L. 622-9 du Ceseda), reconnaissance d'enfant ou mariage contracté à la seule fin d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française commis en bande organisée (Art. L. 623-2 et 623-3 du Ceseda), recours au service d'un employeur d'un

confiscation du patrimoine du délinquant pourra être prononcée et encourue sans qu'il y ait besoin d'établir un lien entre les faits et le bien confisqué¹⁵.

En droit malagasy, la confiscation générale est prévue par l'article 33 de la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption (notamment en matière d'enrichissement illicite)¹⁶ et l'article 113 de la loi n° 97-039 du 4 novembre 1997 sur le contrôle des stupéfiants des substances psychotropes et des précurseurs à Madagascar¹⁷. À la lecture des dispositions sur la confiscation générale en matière d'enrichissement illicite, il apparaît que le législateur malagasy a prévu une réserve importante, en ce que la confiscation de tout ou partie des biens du condamné sera réalisée jusqu'à concurrence du préjudice subi. La confiscation est ainsi prioritairement considérée sous l'angle de l'atteinte au droit de propriété qu'elle représente, de sorte que l'exigence de proportionnalité trouve à jouer pleinement : la confiscation ne pourra ainsi excéder ou dépasser la valeur du préjudice. L'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites¹⁸, quant à elle, est silencieuse sur la question de la confiscation générale. Toutefois, les dispositions de l'ordonnance s'appliqueront en cas de confiscation générale d'une personne condamnée pour enrichissement illicite, dans la mesure où l'infraction de corruption est visée dans son champ d'application (rappelons que ce dernier est limité aux infractions économiques et financières que sont les détournements de biens et de deniers publics, la corruption, le blanchiment de capitaux et/ou le financement du terrorisme). En dehors du champ d'application de cette ordonnance de 2019, par exemple en cas de trafics de stupéfiants, la confiscation générale sera réalisée par les juridictions de droit commun suivant les procédures prévues par les textes spéciaux. L'ARAI ne pourra intervenir pour le recouvrement des avoirs et les pôles anti-corruption ainsi que la chambre de saisie et de confiscation ne pourront être saisies sauf en cas de connexité avec les infractions susvisées par l'ordonnance¹⁹. Les infractions génératrices des avoirs illicites définies dans l'ordonnance sont de ce fait restreintes, ces prescriptions ont pour conséquence une portée limitée de l'ordonnance et des actions réduites en matière de recouvrement. La confiscation générale n'est ainsi pas très répandue en droit malagasy : le concept de sanction patrimoniale, notamment la possibilité de confisquer l'intégralité ou une partie du patrimoine

étranger non autorisé à travailler (Art. L. 8256-5 du C. Trav., cette peine est encourue par les seules personnes physiques), emploi d'étrangers sans titre en bande organisée (Art. L. 8256-8 du C. Trav., cette peine est encourue par les seules personnes morales).

¹⁵ J. BOURGAIS, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, op. cit., spéc. pp. 345 et suiv.

¹⁶ *J.O.R.M.*, 12 octobre 2016, p. 5838.

¹⁷ *J.O.R.M.*, 1^{er} décembre 1997, p. 2354.

¹⁸ *J.O.R.M.*, 22 août 2019, p. 5220.

¹⁹ Propos recueillis lors de l'entretien avec le Directeur Général de l'Agence de Recouvrement des Avoirs Illicites, Aimé RASOLOHARIMANANA, le 23 novembre 2022.

du délinquant au profit de l'État, n'a pas été privilégié par le législateur malagasy, probablement en raison de son caractère particulièrement sévère et attentatoire au droit de propriété.

C. La confiscation obligatoire : une mesure uniformément impliquée par le statut juridique des choses ciblées

Le prononcé de la confiscation peut être facultatif ou obligatoire selon la nature des biens à confisquer. Que ce soit en droit français ou en droit malagasy, la liberté d'appréciation des juges du fond a été retenue s'agissant du choix d'une mesure de confiscation, nonobstant certains cas prévus par la loi et pour lesquels la confiscation est obligatoire.

En ce qui concerne cette exception, les textes français, notamment l'article 131-21, alinéa 7, du Code pénal, prévoient que la confiscation sera obligatoirement prononcée par les juridictions à l'égard des objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement, ou lorsque leur détention est illicite²⁰. Hors de sa dimension punitive, la confiscation, sous cet angle préventif, s'attache à la nature de la chose. La restitution de la chose étant interdite de par sa nature, la confiscation sera prononcée sans égard à l'identité du propriétaire ou du détenteur, la culpabilité ou la décision de non-lieu ou d'acquiescement du délinquant, l'ajournement du prononcé de la peine, la dispense de peine ou encore l'amnistie de la personne poursuivie. La confiscation considérée comme une mesure de sûreté vise essentiellement à prévenir les atteintes à l'ordre public indépendamment de toute notion de culpabilité ou de faute²¹. Le principe de légalité implique également que le juge français n'ait pas à apprécier la dangerosité ou le caractère nuisible du bien, il doit prononcer d'office la confiscation dès lors que le texte l'a prévue.

²⁰ En l'occurrence, la confiscation sera considérée comme une mesure de sûreté et non en une peine, car elle sera prononcée quand bien même le propriétaire est inconnu ou n'est pas condamné. E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p.14. Concernant la détention illicite, il s'agira de produits stupéfiants, d'explosifs, ou d'armes. À titre d'illustration, voir Cass. Crim., 10 octobre 1978 : « [...] *la confiscation d'une ou plusieurs armes dont le prévenu est propriétaire ou dont il a la libre disposition, n'exige nullement que ladite arme ait été utilisée en vue de commettre l'infraction poursuivie...* », *Bull. crim.* n°265 –D. 1979. IR 38, obs. Puech ; *R.S.C.*, 1980, 693, obs. Larguier.

²¹ Certains auteurs estiment que si la confiscation présente, en l'occurrence, les caractères d'une mesure de sûreté, elle ne devrait relever que du régime des peines. Les textes n'ont pas prévu de régime particulier sur la confiscation des objets dangereux, nuisibles ou dont la détention est illicite. Le contentieux de la confiscation se distingue du contentieux de la restitution, mis à part où les textes n'ont pas prévu la confiscation, en présence d'une décision de relaxe ou d'acquiescement, il suffirait de refuser la restitution au motif qu'elle crée un danger pour les personnes ou les biens. V. L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. pp. 32, 36 et 63.

Quelques cas de confiscation obligatoire sont énoncés par le Code pénal malagasy²². Des lois spécifiques, telles que la législation sur les stupéfiants, prévoit la confiscation obligatoire des plantes et substances saisies, des installations, matériels, équipements et autres biens mobiliers utilisés ou destinés à être utilisés pour la commission de l'infraction, des produits tirés de l'infraction, des biens mobiliers ou immobiliers dans lesquels ces produits ont été transformés ou convertis²³. De même, la loi sur les armements énonce la confiscation des armes illégalement détenues²⁴. L'ordonnance de 2019 sur le recouvrement des avoirs illicites a repris ces cas de confiscation obligatoire en son article 16 : « *En cas de décision de relaxe ou d'acquiescement, la juridiction pénale compétente restitue de plein droit les avoirs visés par la poursuite sauf s'ils présentent un caractère dangereux pour l'ordre public, tels que les armes sous toutes ses formes, les stupéfiants, substances psychotropes et précurseurs* ». En l'occurrence, la confiscation sera toujours prononcée, la restitution n'est pas possible peu importe la situation du délinquant.

II. Les biens confiscables : une conception ample, en vue de l'effectivité des régimes de confiscation pénale

Les régimes de confiscation pénale des droits français et malagasy ont en commun, dans leurs domaines respectifs, de retenir une conception ample des biens confiscables, conçue pour favoriser le prononcé de mesures de confiscation. C'est tout d'abord le cas en ce qui concerne l'objet directement confiscable, considéré en lui-même, qui est largement entendu et susceptible de modulations de nature à favoriser le prononcé de telles mesures (A). C'est aussi le cas de cet objet, considéré dans les rapports qu'entretiennent les personnes concernées vis-à-vis de lui : les rapports de nature à permettre la confiscation obéissent effectivement à des critères qui apparaissent aménageables et sont par suite diversement aménagés à cette même fin (B).

²² Entre autres la confiscation des biens du condamné en cas d'atteinte à la sûreté extérieure de l'État (Art 37 et 84 du Code Pénal Malagasy), les sceaux de l'Etat, les billets de banque, les effets publics, les poinçons, timbres et marques en cas de contrefaçon (art. 139 et 142 du Code Pénal Malagasy), les produits de première nécessité, vins ou boissons, les denrées appartenant en cas de commerce incompatible avec la qualité (Art.176 du Code Pénal Malagasy), les choses livrées ou leurs valeurs par le corrupteur en matière de corruption de fonctionnaires publics et des employés des entreprises privées (art.180.2 du Code Pénal Malagasy , exception faite en cas de délation), les choses reçues par le faux témoin en cas de faux témoignage (art.364 du Code Pénal Malagasy) *etc.*

²³ Article 110 à 112 du Code Pénal malagasy.

²⁴ Article 78 de la loi n° 69-011 du 22 juillet 1969 sur le régime de l'armement à l'exception des armes blanches. *J.O.R.M.*, 2 août 1969, p. 1693.

A. L'objet directement confiscable : une conception large et modulable pour favoriser le prononcé de mesures de confiscation

Les biens susceptibles de confiscation peuvent être de nature très variée : les droits français et malagasy retiennent à cet égard une approche large, largement similaire (1). S'ils prévoient également la possibilité de confisquer en valeur, dans le cas où les biens ne pourront pas être représentés, force est de constater que cette faculté est pour l'heure bien plus ancrée en droit français qu'en droit malagasy (2).

1. La nature des biens confiscables : une approche large, globalement commune aux droits français et malagasy

Les droits pénaux français et malagasy, dans leurs champs d'applications respectifs, entendent permettre la confiscation de l'ensemble des biens pertinents, indépendamment de leur nature. S'agissant des biens et droits incorporels, c'est toutefois récemment que le droit malagasy a inclus la faculté de les confisquer, et la pratique juridique consécutive ne permet pas encore d'apprécier l'effectivité des réformes ainsi menées.

En droit français, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles, divis ou indivis, tous peuvent être confisqués : la chose qui a servi ou est destinée à commettre l'infraction ; la chose qui est le produit de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution ; tout objet mobilier défini par la loi ou le règlement qui réprime l'infraction ; tout bien corporel dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition²⁵. Le bien sera entendu comme le « *droit de propriété portant sur une chose corporelle dont la personne condamnée sera titulaire* » ainsi que les « *démembrements de ce droit* »²⁶. Tenant compte du principe de personnalité des peines, et par souci de préserver les droits des tiers de bonne foi, l'attention sera portée sur le sujet du droit ou la « *titularité* » du droit²⁷. Suivant le modèle français, la législation malagasy entend confisquer le corps du délit, les choses produites par le délit, les choses ayant servi ou destinées à le commettre²⁸. Ceci étant dit, la loi contre la corruption ainsi que la loi contre le blanchiment ont apporté des précisions sur les différentes natures possibles des biens confiscables et, *a priori*, tant les droits de propriété que les biens matériels ont été visés dans les définitions retenues. Ainsi, la législation contre la corruption a-t-elle énoncé que les biens peuvent comprendre « *tous les types d'avoirs,*

²⁵ Article 131-21 al.2 du Code pénal français.

²⁶ L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, op. cit., spéc. p. 83.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Article 11 du Code pénal malagasy.

corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y afférents ». Tout en retenant cette définition, la loi contre le blanchiment l'a encore étoffée en y ajoutant « *les avoirs de toute nature [...] fongibles ou non fongibles ainsi que les documents ou instruments juridiques sous toute forme, y compris électronique ou numérique, prouvant la propriété des avoirs ou des droits y afférant ainsi que les intérêts sur lesdits avoirs, notamment les crédits, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les valeurs mobilières, les obligations, les traites ou lettres de crédit ainsi que les éventuels intérêts, dividendes ou autres revenus ou valeur tirés ou générés par de tels avoirs* »²⁹. En sus de l'instrument, de l'objet ou du produit de l'infraction, l'ordonnance malagasy sur le recouvrement des avoirs illicites a inclus, dans les biens confiscables, les avantages patrimoniaux en quelque main qu'ils se trouvent ou quelle qu'en soit la cause. La notion d'avantages patrimoniaux pourrait s'interpréter, d'une manière générale, comme le profit tiré de l'infraction, aussi n'est-il pas toujours aisé de les distinguer du produit de l'infraction.

Une autre évolution de la législation française est la possibilité de confisquer les biens et droits incorporels. Étant donné que ces types de bien n'ont pas d'existence matérielle, leur catégorisation dans la *summa divisio* des biens meubles et immeubles apparaît subtile. Toutefois, le droit français reconnaît la confiscation de ces types de biens et de valeurs économiques en raison de leur constante progression et multiplication. Ainsi les biens incorporels que sont les comptes bancaires, les valeurs mobilières, les parts sociales, les titres ou instruments financiers et les biens immatériels composant les fonds de commerce peuvent-ils être confisqués³⁰. La confiscation de biens incorporels, notamment des fonds de commerce, a cependant soulevé de nombreuses difficultés pratiques en France. La confiscation des fonds de commerce ne présentait aucun intérêt car bien souvent, la confiscation était inexécutable. Les commerces n'avaient pas de réelles activités mais servaient seulement de paravent aux criminels. À la suite de la publication de la décision de confiscation par les greffiers des tribunaux du commerce, les exploitants du fonds de commerce cessaient toute activité, ce qui entraînait la perte de la clientèle ainsi que le défaut de paiement des loyers. Au final, le fonds de commerce n'avait plus de valeur financière et, soit la confiscation ne pouvait pas être exécutée à la suite de la résolution du contrat de bail par les propriétaires pour cause de loyers impayés, soit l'État devenait titulaire du fonds de

²⁹ Article 1^{er} de la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption ; et article 4 de la loi n° 2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

³⁰ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 18.

commerce à charge pour lui de s'acquitter des loyers³¹. L'exécution de la confiscation des droits incorporels³² est tout aussi délicate. En sus de son aspect patrimonial, la propriété littéraire et artistique comporte un aspect moral, c'est-à-dire des droits inaliénables attachés à la personne de l'auteur. Seuls les droits d'exploitation sont cessibles et peuvent être frappés de la mesure de confiscation, mais là encore, cela impliquerait « *une surveillance constante du marché sur lequel la reproduction de l'œuvre est commercialisable et intenten les poursuites éventuellement nécessaires, en cas de non-respect de la mesure* »³³. Bien que le droit commun malagasy ignore cette extension de la confiscation aux droits incorporels, certaines lois spécifiques contre la délinquance financière, à savoir la loi contre la corruption, la loi contre le blanchiment et l'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites³⁴, en font mention dans les définitions de certaines des notions juridiques sur lesquelles elles s'appuient. Sur le terrain, aucune interprétation ou application relative à la portée de la confiscation des biens incorporels n'a jusqu'à présent été faite. On retiendra, juste, qu'en prévoyant cette large gamme de biens confisquables, le législateur a manifesté sa volonté de confisquer les biens quelle qu'en soit leur nature.

2. La confiscation en valeur : une faculté de substitution à la confiscation en nature, actuellement plus ancrée en droit français qu'en droit malagasy

Si la confiscation en valeur est consacrée depuis longtemps en droit français, comme une alternative utilisable chaque fois que la confiscation en nature s'avère impossible, ce procédé est beaucoup plus récent en droit malagasy, lequel, de surcroît, ne le prévoit pas comme un substitut possible pour toutes les infractions pouvant donner lieu à une confiscation en nature.

Aux termes de l'article 131-21, alinéa 9, du Code pénal français, « *la confiscation peut être ordonnée en valeur* ». La préservation de la faculté de

³¹ L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, op. cit., spéc. p. 85.

³² La confiscation des droits incorporels est prévue par l'article 131-21 alinéa 8 du Code pénal français. Les droits incorporels, qui peuvent faire l'objet de confiscation, comprennent les droits de créance, les droits intellectuels ou encore l'usufruit. Voir à ce sujet E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. pp. 18 et s.

³³ S. BREZILLON, *De la peine patrimoniale au patrimoine pénal, essai pénologique, historique et prospectif*, Thèse Droit, 2017, Nantes, 400 pp., spéc. p. 313 ; L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, op. cit., spéc. pp. 84-86.

³⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption ; article 4 de la loi n° 2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ; article 2 de l'ordonnance n° 2019-015, du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites.

confisquer en valeur dénote une fois de plus l'extrême souplesse des textes français s'agissant de la peine de confiscation. La confiscation en valeur portera sur le montant fixé par la décision de condamnation et son quantum devra « correspondre à la valeur du bien qui aurait pu être confisqué en nature » sans qu'il y ait besoin d'un lien entre le bien et les agissements réprimés³⁵. À travers un mécanisme de substitution, c'est la valeur du bien, plus que ce dernier, qui sera confisquée³⁶. Dans le cadre de la confiscation en valeur, le montant peut n'avoir pas fait l'objet de saisies préalables, il peut s'agir de biens qui ont été déjà consommés, dépensés et qui n'existent plus³⁷. La valeur confisquée doit correspondre au montant de ce qui a été consommé et dépensé. La compensation d'une chose par une autre, qui résulte de la confiscation en valeur, peut aussi porter sur des biens acquis légalement et appartenant au condamné antérieurement à la commission des faits répréhensibles³⁸. En tout état de cause, la valeur du bien confisqué ne doit pas dépasser celle des biens confiscables en nature³⁹ ; elle ne pourra pas, non plus, être prononcée à l'égard des biens dont la confiscation n'est pas autorisée par la loi en vertu d'un régime juridique propre, ou dont la confiscation obligatoire est prévue par les textes⁴⁰.

En droit malagasy, la loi contre la corruption était laconique sur la question de la confiscation en valeur. La loi contre le blanchiment et le financement du terrorisme a, en revanche, explicitement prévu en son article 58.2, alinéa 5, que « Lorsque les biens à confisquer ne peuvent être représentés, la confiscation peut être ordonnée en valeur ». L'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites, en ce qui la concerne, a énoncé en son article 19 qu'« En matière de détournement de biens et de deniers publics, la juridiction compétente doit prononcer la confiscation en valeur monétaire jusqu'à concurrence de la valeur des biens et deniers publics détournés [...] ». Cette ordonnance ne prévoit pas explicitement la confiscation en valeur des avoirs illicites issus de la corruption et du blanchiment. L'esprit du législateur était de mettre un accent particulier sur les détournements des biens et de deniers publics qui ont cours dans le pays⁴¹. En revanche la confiscation en valeur, en

³⁵ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 23.

³⁶ L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. pp. 136 et s.

³⁷ À titre d'exemple des sommes dépensées pour des voyages ou qui ont été perdues dans des jeux de hasard. Voir sur ce point : E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p.23 ; J. BOURGAIS, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, *op. cit.*, spéc. pp. 199 et s.

³⁰ Cass.Crim., 24 septembre 2014, n° 13-88.602, *Bull. crim.*2014, n° 198.

³⁹ L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. p. 142.

⁴⁰ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 24.

⁴¹ Propos recueillis lors de l'entretien avec le Directeur Général de l'Agence de Recouvrement des Avoirs Illicites, Aimé RASOLOHARIMANANA, le 23 novembre 2022.

cas de blanchiment, pourra être prononcée sur la base de la loi n° 2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites s'appliquera alors dans le cadre de l'exécution de la confiscation, comme les avoirs illicites issus du blanchiment entrent dans son champ de compétence. Toutefois, l'inexistence de base légale rend impossible de prononcer la confiscation en valeur pour l'infraction de corruption. La portée de la confiscation en valeur est, en conséquence, très limitée en droit malagasy. Certes, une avancée législative a été entamée en sa faveur, mais elle demeure étroitement circonscrite à quelques infractions économiques.

B. Le statut des personnes vis-à-vis de l'objet : un critère aménageable pour favoriser sa confiscation, sous certaines limites

Ces aménagements concernent exclusivement le statut la personne auteur reconnu ou présumé de l'infraction, et ils peuvent varier suivant l'ordre juridique concerné. En droit français, la confiscation peut être prononcée même si le bien n'appartient pas au condamné : il suffit que celui-ci en ait eu la libre disposition. Cette situation se retrouve en droit malagasy, à la seule différence que la notion de « *contrôle* » a été préférée à celle de « *libre disposition* » pour reprendre les termes utilisés dans les conventions internationales (1). Ignorée du droit français, la confiscation sans condamnation a été admise en droit malagasy sous l'influence de la tendance internationale qui converge vers un détachement du lien entre le bien confisqué et l'infraction (2). Quoi qu'il en soit, une importante réserve à la confiscation est reconnue dans les deux ordres juridiques : les biens acquis par les tiers de bonne foi ne sont pas susceptibles de confiscation (3).

1. La non-exclusivité du critère de propriété : une caractéristique devenue récemment commune aux droits français et malagasy

Le bien confiscable peut très bien ne pas être, formellement, la propriété de la personne condamnée. En droit français, il suffit que celle-ci en ait eu la libre disposition. Le droit malagasy, quant à lui, a récemment connu une ouverture similaire s'agissant des avoirs illicites, dont il suffit que la personne condamnée ait eu le contrôle pour qu'ils soient confisquables.

En réaction aux techniques d'ingénierie juridique utilisées par les délinquants afin de faire échapper leur patrimoine aux risques de saisie et de confiscation, la lutte contre les avoirs criminels s'est modernisée à travers l'insertion en droit français de la notion de libre disposition⁴². L'objectif consiste

⁴² Article 131-21 alinéa 2 du Code Pénal français.

à atteindre les délinquants qui trop souvent recourent aux prête-noms ou structures sociales pour dissimuler sur le plan juridique leurs qualités de propriétaires réels des biens. La notion de libre disposition implique que le bien pourra être confisqué quand bien même le condamné n'en est pas le propriétaire⁴³. Si les critères de la libre disposition ne sont pas formellement définis par la loi, la jurisprudence française est éclairante à cet égard. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2013 retient que les héritiers indivisaires qui détenaient 99,5% des parts sociales d'une société civile immobilière avaient, en raison de l'importance du pouvoir de décision dont ils disposent de ce fait, la libre disposition des fonds résultant de la vente des immeubles de la société⁴⁴. Dans une autre affaire tranchée le 15 janvier 2014, un véhicule que le condamné conduisait sans permis en vue de la commission d'une infraction a fait l'objet d'une confiscation. Le condamné n'était pas le propriétaire du véhicule mais était le gérant de la SARL qui en était propriétaire. L'action en restitution de la SARL n'avait pas abouti au motif que le condamné l'avait toujours conduit sans permis mais aussi et surtout qu'il en avait la libre disposition, étant le gérant de la SARL propriétaire⁴⁵. Enfin, la Cour de cassation, le 8 novembre 2017, retient que « *le recours à l'interposition d'une société immobilière entre la personne mise en examen et son patrimoine immobilier ainsi qu'à des prête-noms de l'entourage familial pour exercer les fonctions ou les rôles de dirigeant de droit, d'administrateurs et d'associés, joint à une gestion de fait de la société par l'intéressé [...] suffisent à caractériser la libre disposition* »⁴⁶.

Si auparavant, l'hypothèse de la libre disposition ne figurait pas dans le droit malagasy, l'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites a prévu en son article 18, alinéa 1, la confiscation des biens dont le condamné « [...] a le contrôle ». Par analogie à « *la libre disposition* », le « *contrôle* » sous-tend l'idée que certaines personnes ne sont pas juridiquement les propriétaires des

⁴³ En l'occurrence, le droit de propriété est estimé comme étant un critère trop rigide pour pouvoir poursuivre efficacement les entreprises criminelles ingénieuses. Ainsi, les notions d'ayant-droit économique ou de bénéficiaire effectif ont-elles été développées, le but étant d'appréhender les personnes qui ne sont pas directement les propriétaires des biens mais qui en ont le contrôle ou en tirent les bénéfices. Tel est notamment le sens des dispositions de l'article L. 562-1 du Code monétaire français sur le gel des avoirs dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. Voir sur ce point E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 28. Certains auteurs caractérisent, à juste titre, la libre disposition par « *le constat de la matérialité de la propriété du condamné sous la fausse apparence de la propriété d'un tiers* » L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. pp. 120-121.

⁴⁴ Cass. crim., 23 mai 2013, n°12-87473, *Bull. Crim.* 2013, n° 113. Voir par ailleurs sur ce point E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 30.

⁴⁵ Cass. crim., 15 janvier 2014, n° 13-81874, *Bull. Crim.* 2014, n° 12.

⁴⁶ Cass. crim., 8 novembre 2017, n° 17-82632, *Bull. Crim.* 2017.

biens, mais qu'en réalité, elles exerçaient sur lui un contrôle, c'est-à-dire détenaient le pouvoir d'en jouir ou d'en disposer. La propriété par des tiers visait seulement à camoufler les réels propriétaires pour faire échec à la confiscation. En introduisant la notion de « *contrôle* », le législateur malagasy a reconnu que le critère de la propriété du condamné du bien à confisquer n'est plus exclusif.

2. La confiscation pénale sans condamnation préalable : une faculté palliative propre au droit malagasy

Face à l'impossibilité de poursuivre l'auteur présumé d'une infraction, quelle qu'en soit la raison, les deux ordres juridiques retiennent une solution différente : si aucune confiscation pénale *stricto sensu* n'est alors possible en droit français, le droit malagasy prévoit une assez large faculté de confiscation en dépit de l'absence de condamnation pénale préalable.

Le droit français prévoit que la confiscation consiste en « *une peine qui ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne déclarée coupable des faits à elle reprochés* »⁴⁷. La confiscation pénale est ainsi conditionnée par une condamnation pénale préalable. La seule exception à ce principe réside dans la confiscation obligatoire, auquel cas la confiscation est considérée comme une mesure de sûreté⁴⁸.

Les pays de « *commonlaw* » prônent et recourent dans une large mesure à la confiscation sans condamnation pénale préalable. Ils estiment, qu'en l'occurrence, la confiscation est prononcée *in rem* et non *in personam* en tant que sanction pénale⁴⁹. Les pays tenants de la confiscation sans condamnation préalable considèrent que cette procédure évite un vide juridique, dans la mesure où la confiscation des biens pourrait être ordonnée quand bien même l'auteur de l'infraction ne serait pas condamné en raison de son décès avant la fin du procès, de son absence physique durant le procès ou pour tout autre motif. Cette perspective a été reprise en droit malagasy par l'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites, qui précise en son article 17, alinéa 1 : « *Sauf prescription, la fuite ou l'impossibilité légale de poursuite de l'auteur présumé ne fait pas obstacle à la saisine de la juridiction de jugement aux fins de statuer sur le sort des biens susceptibles de confiscation* ». Si la confiscation sans condamnation pénale est ainsi clairement consacrée en droit malagasy, elle se trouve toutefois cantonnée à quelques infractions économiques et financières : détournement de deniers publics ; corruption ; blanchiment de capitaux ; financement du terrorisme. La

⁴⁷ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. p. 35.

⁴⁸ Article 131-21 al.7.

⁴⁹ Pour aller plus loin, voir M. FOURIE – G. J. PIENAAR, « Tracing the roots of forfeiture and the loss of property in english and american law », *Fundamina*, Volume 23, number 1, 2017, pp. 20-38.

confiscation sans condamnation préalable est conditionnée par la fuite ou l'impossibilité légale de poursuivre l'auteur présumé et, en tout état de cause, il appartiendra à la partie poursuivante de démontrer l'existence du lien entre le bien et l'infraction.

3. La bonne foi du tiers acquéreur de biens : une limite à la possibilité de les confisquer, commune aux droits français et malagasy

En matière de confiscation pénale, le tiers a droit à la restitution des objets qu'il a acquis de bonne foi, après qu'ils lui aient été confisqués. Ainsi le droit français distingue-t-il deux catégories de tiers de bonne foi, à savoir le propriétaire de bonne foi et la victime de l'infraction⁵⁰. La détermination de la bonne foi du propriétaire est laissée à l'appréciation souveraine des juges. En droit français, dans le cadre de la libre disposition, la bonne foi sera déduite de l'ignorance, par le tiers propriétaire, de l'usage des biens fait par le délinquant. S'agissant des tiers en apparence propriétaire et agissant de concert avec le propriétaire condamné pour faire échapper le bien à la confiscation, ceux-ci ne sauraient être titulaires d'un droit à préserver, n'étant eux-mêmes pas réels propriétaires. La mauvaise foi pourrait être tirée du fait qu'au regard des circonstances, les transferts ou les acquisitions au profit des tiers par les personnes poursuivies étaient effectués « *gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande* »⁵¹. La qualité de victime est aussi assimilée au propriétaire de bonne foi et, à ce titre, elle bénéficie du droit à la restitution de ses biens confisqués.

En droit malagasy, l'ordonnance sur le recouvrement des avoirs illicites prévoit que la confiscation ne pourra se réaliser que sous réserve de la bonne foi des tiers. Tout comme ce qui a été admis en droit français, la bonne foi pourra être tirée de l'ignorance du tiers au sujet de l'origine illite du bien acquis. Le tiers serait sanctionné de la perte de son droit de propriété dans le cas où il aurait eu connaissance du caractère illégal de la provenance du bien qu'il aurait acquis.

⁵⁰ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. pp. 32-35.

⁵¹ L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. pp. 126-128.

III. La confiscation des biens : une mesure pénale supposant un processus judiciaire et administratif adapté

À la suite des évolutions législatives et institutionnelles entamées, il est attendu que l'usage de la confiscation pénale se développe dans les pratiques judiciaires malagasy. Dès à présent, les juges malagasy sont amenés à prononcer plus fréquemment des peines de confiscation pénale (A). Néanmoins, tant que le nouveau régime de confiscation n'aura pas fait l'objet d'une appropriation suffisante par les juges, les dispositions législatives resteront lettre morte, et la nouvelle agence ne sera d'aucune utilité. Dans le même ordre d'idée, les avoirs criminels doivent être identifiés, leur origine ou leur financement doit être connu. En l'état actuel, Madagascar ne dispose pas encore d'une unité de police en charge de l'identification des avoirs criminels à l'instar de la plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) française, mais la mise en place d'une telle structure est envisagée afin de surmonter les difficultés ressenties en matière d'investigations financières(B). Enfin, pour éviter que les avoirs saisis et confisqués ne se détériorent et perdent leur valeur, ils doivent être gérés convenablement. Si l'ARAI a pour vocation première l'entretien et la conservation des avoirs saisis et confisqués, elle ne pourra assurer pleinement ce rôle tant qu'elle n'est pas pourvue de l'ensemble des ressources nécessaires (C).

A. L'acclimatation de la confiscation pénale dans les pratiques judiciaires : un défi particulier pour Madagascar

Différentes pistes d'action sont proposées en vue de rehausser le nombre et la qualité des décisions de confiscation prononcées par les juges (1). La mise en état patrimoniale des dossiers pénaux appliquée dans la procédure française constitue, entre autres, un exemple intéressant en vue de l'assimilation de la confiscation pénale dans la pratique judiciaire malagasy (2).

1. La nécessité de faire évoluer la culture de la peine dans les milieux judiciaires malagasy

En matière de prononcé des peines, les juges sont amenés à se libérer de leur accoutumance à se focaliser uniquement sur la privation de liberté et les amendes. Désormais, une plus grande considération devra être accordée à la dimension patrimoniale de la sanction. Les rouages du dispositif naissant serviront de fondement dans le choix des politiques pénales et l'établissement de nouvelles pratiques judiciaires. Au moyen de l'application du nouveau dispositif de confiscation pénale, les décisions judiciaires devront refléter la substance des réformes législatives. Ceci étant dit, l'objectif des politiques pénales ou des

pratiques judiciaires ne doit pas être la systématisation du prononcé de la confiscation mais, plutôt, l'incitation des autorités d'application de la loi à procéder à la confiscation dans le respect des principes de nécessité, de proportionnalité de la peine et sans atteinte aux droits fondamentaux de la personne mise en cause ou des tiers de bonne foi⁵².

Étant donné que le dispositif sur la confiscation pénale est devenu complexe et très technique, la formation des praticiens – dont les juges des pôles anti-corruption – apparaît cruciale. Il serait plus aisé pour les juges de prononcer la confiscation pénale lorsqu'ils appréhenderont suffisamment les modalités ainsi que les enjeux de la confiscation. De surcroît, les formations permettront d'obtenir des décisions de qualité⁵³. Les juges maîtrisant la teneur et la portée de la confiscation seront plus enclins à rendre des décisions motivées, claires et respectueuses des droits fondamentaux des personnes⁵⁴.

2. La nécessité de faire évoluer les techniques de procédure pénale : l'exemple français de la mise en état patrimoniale des dossiers pénaux

La mise en état patrimoniale des dossiers pénaux n'est pas prévue par les textes mais est la résultante d'un « *ensemble de pratiques ayant pour objet de faciliter l'identification et la saisie des biens et avoirs confiscables* »⁵⁵. Ce faisant, la mise en état patrimoniale consiste en la création d'un dossier spécifique portant sur les biens saisis susceptibles de confiscation ultérieure ; les pièces relatives aux saisies pénales seront réunies dans un même document inséré dans le dossier pénal⁵⁶. Le but visé est qu'en regroupant et en mettant à disposition des juges de fond toutes les informations utiles, ils pourront apprécier et décider d'une manière éclairée s'il est nécessaire ou non de prononcer une peine de confiscation.

Outre la cote patrimoniale, la mise en état patrimoniale sous-tend un interrogatoire spécifique axé sur la situation patrimoniale de la personne mise en cause telle que ses biens, ses ressources, ses dettes, ses dépenses, son train de vie *etc.* Ce type d'interrogatoire est spécialement requis en cas de confiscation

⁵² Sur la conventionnalité et la proportionnalité des confiscations, voir L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, respectivement : pp. 46-56 et 635-641 ; pp. 66-79.

⁵³ L'insuccès de la peine de confiscation s'explique en partie par le défaut de formation des juges en droit français. Voir J. BOURGAIS, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, *op. cit.*, p. 235-237.

⁵⁴ Sur la conventionnalité des confiscations, voir L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales 2022/2023*, *op. cit.*, spéc. pp. 46-56, 635-641.

⁵⁵ E. CAMOUS, « Peines criminelles et correctionnelles : Confiscation », *ibid.*, spéc. pp. 4-5.

⁵⁶ *Idem.*

élargie ou lorsqu'une confiscation en valeur est envisagée⁵⁷ et au vu des éléments fournis, les juges répressifs devront prononcer des peines de confiscation proportionnées avec le but poursuivi. En tout état de cause, les juges malagasy pourront s'imprégner de ces bonnes pratiques qui accordent une plus grande considération à la démarche patrimoniale dans le traitement judiciaire des dossiers pénaux et l'établissement des nouvelles pratiques ou politiques pénales en matière de confiscation pénale.

B. L'identification des avoirs des délinquants : une tâche complexe nécessitant des moyens inégalement présents dans les deux pays

Le recueil des informations, la collecte des données, leur recoupement et leur stockage constituent le point de départ et le socle même des enquêtes pénales. Dans le but de faciliter et d'intensifier les saisies et les confiscations pénales lors des enquêtes judiciaires, d'accroître les informations relatives à la détection des avoirs illégaux, de systématiser « *l'approche financière des investigations* »⁵⁸ contre les organisations criminelles et les délinquants, la spécialisation des unités dédiées aux enquêtes financières a été privilégiée (1). À cet égard, la plateforme d'identification des avoirs criminels créée en France (PIAC) est un exemple topique d'entité spécialisée en charge des enquêtes patrimoniales. Afin que les investigations aboutissent, une base de données contenant les informations et les renseignements sur les biens confiscables devra être également disponible, mais cela suppose des moyens techniques conséquents (2).

1. La spécialisation des enquêteurs : une traduction institutionnelle très variable entre les deux pays

Afin de faciliter l'identification des avoirs criminels, la France s'est dotée d'une unité d'enquêteur spécialisée dans les investigations financières et patrimoniales dénommée « *plateforme d'identification des avoirs criminels* » (PIAC). L'efficacité des actions de la PIAC repose sur la collaboration entre toutes les unités de recherche. Plus précisément, elle est le réceptacle des informations remontées par toutes les unités de gendarmerie et les services de police sur le territoire français. D'après la circulaire interministérielle par laquelle elle a été instituée, « *l'ensemble des services territoriaux de la police et les unités de la gendarmerie nationales doivent être sensibilisés à la nécessité d'informer la plateforme de tout renseignement relatif à la détection de biens commerciaux, patrimoniaux et financiers d'origine illégale, susceptibles d'être*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ J. BOURGAIS, *Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre)*, *op. cit.*, spéc. p. 141.

liés à des délinquants ou à des proches de mouvements terroristes »⁵⁹. La circulation de l'information s'effectue du niveau local au niveau interrégional et le procureur de la République doit être avisé de toute cible clairement identifiée.

Ce type d'unité spécialisée en charge de l'identification des avoirs fait défaut à Madagascar. Le plus souvent, chaque service opère isolément et ne partage pas les informations qu'il détient ; ce cloisonnement complique l'identification ainsi que la localisation des avoirs criminels et concourt à l'échec des enquêtes financières⁶⁰. Pour pallier cette carence, la création d'une unité spécialisée dans l'identification des avoirs criminels constitue une perspective. Une unité dédiée spécialement aux investigations financières est utile pour concourir aux actions de l'Agence et faciliter le dépistage des avoirs criminels. En outre, l'efficacité des enquêtes menées est conditionnée par la collaboration et la concertation de toutes les autorités impliquées dans le recouvrement. En d'autres termes, les avoirs criminels ne pourront être identifiés tant que les échanges d'informations et les rencontres ne seront pas consolidés entre les unités de recherche, les agents de recouvrement et des administrations spécialisées, les autorités judiciaires *etc.* De même, le pays devrait d'ores-et-déjà prévoir les moyens nécessaires pour couvrir les besoins financiers et humains de l'unité spécialisée. À titre d'exemple, des ressources suffisantes sont nécessaires pour assurer les formations, les échanges d'expériences des équipes enquêtrices, le déploiement d'équipements et de matériels utiles au recouvrement et à la centralisation des informations *etc.*

2. Le croisement des bases de données publiques : une exigence conditionnée par la disponibilité de moyens techniques suffisants

Épicentre des flux de renseignements financiers, la PIAC dispose d'une base de données sur l'identification des biens et des personnes soupçonnées d'être impliquées dans des affaires de criminalité financière⁶¹, et l'informatisation dans le domaine de la justice ainsi que d'autres départements,

⁵⁹ Circulaire du 15 mai 2007 portant création d'une plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) chargée de l'identification des avoirs financiers et des biens patrimoniaux des délinquants, en vue de leur saisie ou de leur confiscation, et de la centralisation des informations relatives à la détection d'avoirs illégaux en tous points du territoire national., circulaire NOR INT/C/07/00065/C du 15 mai 2007.

⁶⁰ Sur l'intérêt et la nécessité de la collaboration en matière d'enquête pénale, voir OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME, *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime*, 2013, p. 29.

⁶¹ V. Circulaire du 15 mai 2007 portant création d'une plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) chargée de l'identification des avoirs financiers et des biens patrimoniaux des délinquants, en vue de leur saisie ou de leur confiscation, et de la centralisation des informations relatives à la détection d'avoirs illégaux en tous points du territoire national, *ibid.*

comme les impôts ou les douanes, ont permis des avancées incontestables en termes de circulation des informations. En guise d'illustration, l'enregistrement informatisé des crimes et des délits, l'enregistrement des dossiers dans les juridictions, la mise à disposition auprès des services de la police et de la gendarmerie des fichiers bancaires, des fichiers fiscaux, des systèmes d'information sur les véhicules *etc.* sont tels que l'exploitation des données est plus fluide et rapide.

En raison de l'insuffisance des moyens et des équipements matériels nécessaires à la conservation des données, une base de données enrichie n'est pas encore disponible dans le pays. Tant dans les services de police et de gendarmerie qu'au sein des juridictions, le stockage des données et des fichiers relatifs aux classements et inventaires des dossiers, aux répertoires des décisions rendues ou d'informations sur les casiers judiciaires, est mal tenu ; la majorité des archives judiciaires est encore conservée sur papier⁶². Un début d'informatisation a été réalisé mais sur le plan opérationnel, le traitement informatisé des données fonctionne au ralenti et n'est pas pleinement efficace ; la conservation des informations est très précaire et des dossiers peuvent se perdre ou disparaître sans laisser aucune trace. De même, les inscriptions des condamnations judiciaires ne sont pas suffisamment informatisées et actualisées pour pouvoir relater les antécédents judiciaires d'une personne mise en cause⁶³. Cet état des choses peut saper considérablement les initiatives quant à l'identification des avoirs illicites en vue de leur confiscation. En matière immobilière, la connaissance précise des biens fait défaut dans la pratique du fait que l'immatriculation des biens immobiliers n'est pas courante dans le pays⁶⁴. La procédure d'enregistrement et d'immatriculation d'une propriété immobilière accuse une lourdeur et une lenteur certaines ; bien que l'informatisation en matière foncière ait été amorcée, celle-ci n'est pas encore effective⁶⁵. Cette situation entrave la connaissance des réels propriétaires des biens immobiliers à Madagascar et constitue, à cet égard, un obstacle à la culture de la mise en état patrimoniale des affaires pénales dans la pratique judiciaire.

⁶² PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, *Études sur les dysfonctionnements de la chaîne pénale malagasy*, octobre 2014, p. 23.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Ceci résulte de l'indigence de la population mais aussi de la lourdeur administrative en la matière. D'ailleurs en cas de litige ou d'opposition lors de la procédure d'immatriculation, le traitement d'un dossier au niveau des juridictions peut prendre plusieurs années. Voir à ce sujet P. KARPE–M. RANDRIANARISON –S. RAMBININTSAOTRA –S. AUBERT, « La pratique judiciaire dans le domaine foncier à Madagascar », *Droits et Cultures*, n° 54, 2007, pp. 213-239.

⁶⁵ MIDI MADAGASCAR, « Sécurisation foncière : vers un système foncier moderne, fiable et sécurisé », 17 janvier 2018.

URL : <http://www.midi-madagasikara.mg/economie/2018/01/17/securisation-fonciere-vers-un-systeme-foncier-moderne-fiable-et-securise/>

C. La conservation des biens saisis en vue de leur éventuelle confiscation : une institutionnalisation différente suivant les pays

Avec l'ARAI, Madagascar dispose d'une structure en charge du recouvrement des avoirs conforme aux exigences internationales, à l'instar de la France (1). Ceci étant, le statut des établissements diffère, ainsi par conséquent que les garanties d'efficacité qui en découlent (2).

1. La création d'institutions dédiées à la conservation des biens confiscables : une situation commune à la France et à Madagascar

Dans l'attente d'un jugement définitif statuant sur le sort des biens préalablement saisis, ces derniers devront être entretenus et convenablement administrés afin d'éviter la perte de leur valeur vénale. L'intérêt d'une conservation et d'une gestion de qualité est double. D'une part, si les biens saisis étaient conservés dans de mauvaises conditions, ils perdraient de leur valeur tout au long de la procédure pénale, et en cas de décision de confiscation, l'État ne pourrait tirer profit d'un bien dévalorisé. D'autre part, s'il a été décidé que les biens ne feront pas l'objet d'une confiscation, ils devront être restitués à leur propriétaire d'origine dans l'état où ils étaient au moment de la saisie ; et en cas de dépréciation du bien saisi, l'État sera tenu de dédommager le propriétaire.

En sus de réformes d'ordre normatif, les instances internationales requièrent des évolutions institutionnelles, et en particulier la mise en place de structures de recouvrement des avoirs illicites. Corrélativement, la PIAC⁶⁶ et l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC)⁶⁷ ont été instituées en France en vue de garantir l'exécution des mesures de confiscation prononcées. Dans le même sens, l'Agence de Recouvrement des Avoirs Illicites (ARAI) a été instituée à Madagascar. D'après l'article 27 de l'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites, l'Agence est, entre autres, chargée de faire

⁶⁶ V. Circulaire du 15 mai 2007 portant création d'une plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) chargée de l'identification des avoirs financiers et des biens patrimoniaux des délinquants, en vue de leur saisie ou de leur confiscation, et de la centralisation des informations relatives à la détection d'avoirs illégaux en tous points du territoire national.

⁶⁷ Voir la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale (article 706-159 à 706-165 du Code de Procédure Pénale Française), *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2010, le décret n° 2 011-134 du 01er février 2011 sur les attributions et les modalités d'action de l'AGRASC, *JORF* n° 0028 du 03 février 2011, l'arrêté du 28 février 2017 modifiant l'arrêté du 20 janvier 2012 portant création d'un traitement automatisé dénommé AGRASC destiné à la gestion et au recouvrement des biens saisis et confisqués par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, *JORF* n° 0053 du 3 mars 2017, la circulaire du 03 février 2011 relative à la présentation de l'AGRASC et de ses missions, *BOMJL* n° 2011-02 du 28 février 2011.

exécuter les décisions de gel, saisie ou confiscation des avoirs illicites, de recouvrer les avoirs issus des détournements de biens et deniers publics, d'enregistrer et d'assurer la conservation des biens saisis ainsi que la consignation de la contre-valeur des biens aliénés avant condamnation. Le décret n° 2021-960 du 29 septembre 2021 détermine les modalités de création, la composition, l'organisation et le fonctionnement de l'ARAI. La création de l'ARAI conforte la pleine participation et l'intégration effective de Madagascar à l'ARINSA⁶⁸, le réseau de recouvrement des avoirs dans la région d'Afrique, ou encore l'ESAAMLG⁶⁹, l'organisation régionale de type GAFI⁷⁰ dans l'Afrique australe et orientale.

2. Le statut des structures en charge du recouvrement des avoirs : un rattachement institutionnel plus ou moins propice à leur efficacité

L'AGRASC est un établissement public administratif placé sous la tutelle conjointe du Ministère de la Justice et du Ministère du Budget ; sa mission principale consiste en la gestion opérationnelle des biens saisis en vue de leur éventuelle confiscation.

À la différence de l'AGRASC française, l'ARAI n'est pas un établissement public à caractère administratif. Tout comme les autres organes malagasy dédiés à la lutte contre la criminalité financière, l'ARAI est un organisme rattaché à la Présidence. Ce lien avec la Présidence ne met pas l'ARAI à l'abri de toute influence dans la détermination de son budget ou encore dans ses activités opérationnelles car elle ne dispose pas d'une ligne budgétaire qui lui est propre ; celle-ci est déterminée suivant les aléas politiques. Il suffit de priver l'ARAI de certains de ses moyens pour l'influencer ou l'entraver dans la conduite de ses missions. De plus, dans le système français, un mécanisme de restitution des biens mal acquis aux populations spoliées a été mis en place et il a été prévu que les excédents de l'AGRASC sont attribués à la Chancellerie, aux Douanes, au Ministère de l'Intérieur, aux différents fonds de concours, au financement d'une partie de ses recettes. À Madagascar, l'ARAI ne peut être approvisionnée par une partie des recettes des avoirs confisqués et aliénés, l'affectation des avoirs n'est pas non plus très claire, et la disposition suivant laquelle le conseil des ministres décide de l'affectation des avoirs

⁶⁸ ARINSA ou « *Asset Recovery Inter-Agency Network of Southern Africa* » est un réseau d'agence de recouvrement des avoirs illicites en Afrique australe.

⁶⁹ ESAAMLG ou « *Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group* », est une organisation régionale ayant, entre autres, pour mission d'évaluer la conformité de ses Etats membres avec les recommandations du GAFI ou les normes internationales de lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et de la prolifération.

⁷⁰ Le GAFI ou Groupe d'action financière est une organisation mondiale de surveillance du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

recouverts laisse perplexe. Au demeurant, toutes ces dispositions alimentent le scepticisme sur la réelle indépendance financière de l'ARAI.

Conclusion

Corollairement à l'adoption de l'ordonnance n° 2019-015 du 5 juillet 2019 relative au recouvrement des avoirs illicites et l'instauration de l'Agence de recouvrement des avoirs illicites (ARAI), la confiscation pénale a connu un essor considérable en droit malagasy.

L'élan consenti a été cependant tempéré par quelques limites importantes : seuls les avoirs illicites issus des détournements de biens et de deniers publics, de corruption, de blanchiment de capitaux et/ou de financement du terrorisme, peuvent faire l'objet de recouvrement. Les juridictions spécialisées que sont les pôles anti-corruption ainsi que les chambres de saisies et de confiscation ont également vu leurs compétences réduites aux infractions de corruption et assimilées, de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁷¹.

Quoi qu'il advienne de ces limites, les jalons de la confiscation pénale sont posés dans le pays, et la matière n'est pas figée mais évolutive. La captation du profit de la criminalité s'impose progressivement dans le paysage judiciaire malagasy, différentes pratiques autour du prononcé de la confiscation pénale ou de l'articulation entre les pôles anti-corruption et l'ARAI sont sur le point d'être développées.

Dans le but de contribuer à la mise en place de cette nouvelle architecture, les contours de la confiscation pénale en droit français ont été décrits avec une attention particulière pour le respect de l'exigence de proportionnalité et des droits fondamentaux des individus. La mesure de confiscation doit être bien encadrée et utilisée avec circonspection pour ne pas soulever les incertitudes et les préoccupations de sécurité juridique liées au contexte précaire de la justice malagasy actuelle. En effet, plusieurs auteurs émettent des critiques tenant au concept de la confiscation pénale, et l'opinion publique malagasy est dubitative quant à son application réelle. Les dissensions sur l'approche patrimoniale ne cherchent aucunement à réfréner la volonté de lutter contre le profit des organisations criminelles ; elles reflètent plutôt la méfiance quant à l'utilisation de la confiscation pénale à d'autres fins que celles prévues par la loi. Dans le droit criminel français d'antan, certains auteurs estimaient que la confiscation

⁷¹ À la suite de l'adoption de la loi n° 2021-015 du 5 août 2021 portant modification et abrogation de certaines dispositions de la loi n° 2016-021 du 22 août 2016 sur les Pôles Anti-Corruption.

générale était « *une arme* » ou « *une solution particulièrement fertile d'enrichir l'Etat* »⁷². Pour l'opinion publique malagasy, la propension de la confiscation à être utilisée comme une arme politique afin d'anéantir tout adversaire aux tenants du pouvoir, ou de spolier d'honnêtes gens, provient du manque de confiance dans la justice et les structures de lutte contre la criminalité financière⁷³. Les pôles anti-corruption et l'agence de recouvrement des avoirs illicites sont mis à l'épreuve, seuls des résultats concrets quant au recul de la criminalité financière pourront lever les doutes et le scepticisme sur l'efficacité des mesures de confiscation.

⁷² J. DECHEPY-TELLIER, « L'essor de la peine de confiscation générale : le sacre de la théorie d'Aubry et Rau », *Droit et Patrimoine*, 21 avril 2015, p. 139-140 : « Selon le pénaliste Joseph-Louis-Elzéar Ortolan 'La confiscation générale, surtout dans les luttes politiques, peut-être une arme de guerre, ce ne sera jamais un acte de justice'... (1855). Pour Edmont Seligman 'La confiscation générale a pu être qualifiée d' 'arme redoutable plus efficace souvent que la peine elle-même »' (1913)..., selon Theodore Mommsen « Dans la dernière période de la République et sous le Principat, la peine de la confiscation n'a que trop souvent servi à enrichir l'État, elle fut même souvent infligée dans ce but » (1907) ..., et enfin pour Joseph Edouard Boitard la confiscation générale 'présentait le plus grand défaut que puisse offrir la pénalité, celui de frapper très légèrement sur le condamné, et très fortement, très durement sur des individus fort innocents' (1872) ».

⁷³ Article de la GAZETTE DGI du 8 novembre 2019, « Perte de la confiance de la justice à Madagascar – Toujours à la recherche d'une justice impartiale et équitable », disponible sur justice-madagascar.org.

Articles

INSTITUTIONS JURIDICTIONNELLES

Vers l'indépendance institutionnelle du système judiciaire malgache

Anjaratiana Rajonson RAZAFINDRALAMBO

Magistrat de l'ordre judiciaire

Doctorante en droit – Université Catholique de Madagascar

Diplômée du programme de formation en droit international des Nations-Unies

Résumé :

Au cours des dernières années, l'État malgache a déployé des efforts considérables dans le renforcement de l'indépendance individuelle des magistrats. Le prochain défi à relever consiste à s'assurer l'indépendance de la justice sur le plan institutionnel. L'administration judiciaire et le Conseil supérieur de la magistrature ont besoin d'une restructuration en profondeur moyennant plus de ressources afin de prévenir toute interférence indue dans leur fonctionnement. À la veille d'une réforme de la Justice malgache, la présente contribution met en perspective une Justice qui doit redorer son blason, à partir de l'analyse du droit positif et des instruments juridiques internationaux.

Mots-clés :

Madagascar – Réforme – Administration judiciaire – Indépendance institutionnelle – Conseil supérieur de la magistrature.

Abstract:

Over the past few years, the Malagasy state has made significant efforts in the reinforcement of the individual independence of magistrates. The next challenge is to ensure the independence of the judiciary at the institutional level. The judicial administration and the Superior Council of the Judiciary need to be thoroughly restructured with more resources to prevent undue interference in their operation. On the eve of a reform of the Malagasy justice system, this

contribution puts into perspective a justice system that must restore its image, based on positive law and international legal instruments from which the legislator must draw inspiration.

Keywords: Madagascar – Reform – Judicial administration – Institutional independence – Superior Council of the Judiciary.

Introduction

« C'est de justice qu'il s'agit, encore et toujours la justice, feu le troisième pouvoir devenu, via l'autorité judiciaire, un service public de la justice qui n'a rien de déshonorant, certes, mais qui ferait se retourner Montesquieu dans sa tombe »¹.

État des lieux. Le dernier *Global Competitiveness Report* du Forum économique mondial en 2019 a classé Madagascar à la 125^e place sur 141 pays, avec une note de 23,2 sur 100, en matière d'indépendance de la justice et d'influence qu'y exercent le gouvernement, les individus ou les entreprises². Ce score, qui est le plus élevé que Madagascar aura eu au cours des dix dernières années, n'est que la manifestation d'une justice en crise³.

Conscient de ses défaillances, le ministère de la Justice a engagé des réformes. Les plus importantes consistent en la révision en cours des principaux instruments juridiques pertinents, à savoir l'ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 relative au statut de la magistrature (qui a déjà été modifiée et complétée par la loi n° 2019-004 du 13 décembre 2019), et la loi organique n° 2007-039 du 14 janvier 2008 relative au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), qui a déjà été modifiée et complétée par les lois n° 2011-006 du 1^{er} août 2011 et n° 2014-019 du 12 septembre 2014⁴.

C'est également dans ce contexte de crise qu'en juillet dernier le président de la République malgache a regroupé tous les magistrats du pays au cours d'un symposium pour procéder à une introspection. « *La magistrature face aux attentes des usagers de la Justice* », tel était le thème de la réunion. Elle a permis d'identifier les problèmes structurels du système judiciaire et d'apporter des débuts de solutions qui permettraient aux magistrats, non seulement d'exercer sereinement leurs missions, mais aussi de mieux servir les justiciables. La Justice malgache démontre qu'elle souhaite redorer son blason. Toujours est-il que cela ne pourra s'accomplir que si elle jouit des garanties nécessaires à son indépendance.

¹ E. HALPHEN, « Que reste-t-il du pouvoir judiciaire ? », *Cités*, n° 18, 2004, p. 97.

² World Economic Forum, et K. SCHWAB, *The Global Competitiveness Report*. World Economic Forum. 2019.

³ Il est à noter que le rang de Madagascar, au sein de la catégorie « *Indépendance de la justice* » des *Global Competitiveness Report* de 2012 à 2019, tend à s'améliorer. Le dernier rapport qui date de 2020 n'a pas fait état du sujet.

⁴ Appel à consultation n° 15-M/SG/DGAJER/DERL/21 du 3 février 2021 du ministère de la Justice à destination des magistrats, tous les ordres confondus. Cet appel à consultation fait revivre les réformes déjà entamées dans les années 2017-2018 concernant les lois régissant le statut de la magistrature et le CSM mais qui n'ont finalement pas vu le jour.

L'indépendance de la justice, une exigence juridique.

En termes simples, l'indépendance de la justice est la faculté de l'institution judiciaire à fonctionner à l'abri de toute interférence du législateur ou du gouvernement⁵. Elle implique que la justice soit apte à déterminer ses propres actions et normes, sans qu'un autre organe se rende maître de ses décisions.

Un organe judiciaire indépendant est l'un des éléments centraux de toute République démocratique, soucieuse d'être un État de droit⁶. Les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme prescrivent son instauration afin de garantir les droits à un procès équitable, au jugement dans un délai raisonnable⁷ et au recours effectif à une juridiction compétente, « *honnête* »⁸, respectueuse de la loi⁹ et de l'égalité des parties¹⁰.

Sur le plan international, l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 – ratifié par Madagascar en 1971¹¹ – constitue le « droit dur » (ou *hard Law*) s'agissant de la définition de l'indépendance de la justice. Il dispose que « *tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et*

⁵ T. SOULEYMANE, « L'indépendance de la justice au Sénégal », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 3, n° 3, 2019, p. 485.

⁶ F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de justice*, vol. 2, n° 2, 2012, p. 42.

⁷ Article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 [Assemblée générale des Nations unies, résolution 217 (III) du 10 décembre 1948 – Charte internationale des droits de l'homme].

⁸ Les principes sur les trois branches du gouvernement pour le Commonwealth, de novembre 2003, évoquent en leur titre IV : « *An independent, impartial, honest and competent judiciary* » (traduction libre : un pouvoir judiciaire indépendant, impartial, honnête et compétent).

⁹ Article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 21 octobre 1986 ; article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 3 septembre 1953 ; article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ; article 8.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou Pacte de San José du 18 juillet 1978.

¹⁰ Article 6 des Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, septembre 1985 ; Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec (2010)12 du comité des ministres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité du 17 novembre 2010, chapitre II.11.

¹¹ Madagascar a signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques le 17 septembre 1969 et l'a ratifié le 21 juin 1971.

obligations de caractère civil ». Ces dispositions exigent ainsi qu'un tribunal indépendant doive également être impartial. Sans impartialité, il n'y aurait ni justice ni indépendance¹².

Sur le plan national, les Constitutions malgaches successives ont toujours consacré l'indépendance de la justice¹³ ; cela en respect de l'obligation des États de droit de la garantir dans la loi suprême, ou une législation du niveau juridique le plus élevé possible¹⁴. La Constitution actuellement en vigueur dispose en son article 107 que « *le président de la République est garant de l'indépendance de la justice. À cet effet, il est assisté par un Conseil supérieur de la magistrature* »¹⁵.

En effet, une justice indépendante protège les droits et des libertés fondamentales des citoyens et répond aux exigences démocratiques de séparation des pouvoirs¹⁶. C'est à juste titre que Montesquieu¹⁷ affirmait qu'« *il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* »¹⁸. Malgré tout, la mise en place d'une véritable *trias politica* ne pourrait se faire de manière si stricte, ni si bien délimitée, afin de ne pas paralyser les institutions en cas de conflits. Ainsi, la difficulté dans la quête d'indépendance judiciaire consiste à placer le curseur séparation/coopération au bon endroit dans les relations entre la justice et les autres pouvoirs afin de trouver un équilibre institutionnel¹⁹. Il ne s'agit pas d'isoler les branches de l'État, mais d'assurer une meilleure forme de collaboration entre elles. Cela implique que la

¹² M. MAISONNEUVE, « L'impartialité du juge administratif », *Annales Droit nouvelle série*, Université d'Antananarivo et Association Nationale pour la Justice administrative (ANJA), n° 3, 2014, p. 53.

¹³ L'indépendance du système judiciaire été consacrée au moins dans les préambules de toutes les constitutions malgaches à partir de celle de la première république de 1959 jusqu'à la constitution du 11 décembre 2010 actuellement en vigueur.

¹⁴ Obligation née de la ratification par Madagascar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette obligation est également renforcée par diverses déclarations de principes internationaux relatives à l'indépendance de la justice notamment l'article premier des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature et l'article 2-1 du statut universel du juge adopté par le Conseil central de l'Union internationale des magistrats à Taiwan le 17 novembre 1999 et mis à jour le 14 novembre 2017.

¹⁵ Le Sous-titre IV de la Constitution du 11 décembre 2010 traite « *du juridictionnel* », au même titre que « *de l'exécutif* » et « *du législatif* ». Il énonce également en détail les principes régissant la justice. Le système judiciaire malgache n'est pas considéré comme un pouvoir.

¹⁶ En vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ».

¹⁷ Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (1698-1755), est un penseur politique français, considéré comme l'un des pères du principe de séparation des pouvoirs.

¹⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. A. Belin, Paris, 1748.

¹⁹ F. TIBERGHEN, « Pouvoir Judiciaire et gestion autonome des moyens », *Après-Demain*, vol. 41, n° 1, 2017, p. 26.

quête d'une justice indépendante doit désormais se faire dans le respect d'une séparation organique et dans le cadre d'une spécialisation des fonctions de l'État.

Également, il faut distinguer l'indépendance de l'institution en tant qu'organe à part entière, l'indépendance des juridictions en tant que structures et l'indépendance des magistrats, en tant qu'agents²⁰.

À la suite des nombreuses réformes du système judiciaire malgache réalisées ces dernières années, l'on a pu assister à l'amélioration de son organisation et de son fonctionnement général par la révision des procédures²¹. Concernant l'indépendance individuelle des magistrats, il y eut un développement remarquable de la discipline préventive pour une plus grande responsabilisation²². L'éthique et la déontologie sont devenues des exigences de la fonction suite à l'adoption du décret n° 2005-710 du 25 octobre 2005 portant Code de déontologie des magistrats²³. Ces derniers sont devenus particulièrement informés et formés sur ces questions notamment par l'école nationale de la magistrature et des greffes (ENMG). Ils ont également à leur disposition un système de « *mentoring* »²⁴ assuré par le Conseil en éthique et déontologie chargé de les assister dans la résolution de leurs dilemmes²⁵. Enfin, le ministère de la Justice a rappelé les régimes de protection individuelle²⁶ mis en place pour permettre aux magistrats de prendre des décisions impartiales en toute sécurité, sans craindre les menaces

²⁰ F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op. cit.*, pp. 47-48.

²¹ À titre indicatif et non exhaustif, parmi les réformes, il y a eu l'adoption de la loi n° 2016-039 du 25 janvier 2017 modifiant et complétant certaines dispositions du Code de Procédure Civile Malagasy pour l'uniformisation des délais légaux de traitement des dossiers commerciaux et l'amélioration de la procédure d'arbitrage, de la loi n° 2016-017 du 22 Août 2016 modifiant et complétant certaines dispositions du code de procédure pénal pour introduire de nouvelles techniques d'enquêtes et des critères objectifs pour la détention préventive ou le contrôle judiciaire et de la loi n° 2017- 012 du 29 juin 2017 instituant une procédure spéciale pour les petits litiges civils et commerciaux.

²² Tous les régimes de responsabilité sont ouverts aux magistrats malgaches : civile, pénale et disciplinaire.

²³ *Journal officiel de la République malgache*, n° 3016, 27 février 2006, p. 1625. Le non-respect peut entraîner une poursuite disciplinaire à l'encontre du magistrat.

²⁴ A. IMBIKI, et J. ANDRIAMIFIDY, « Le mentoring au service de l'éthique judiciaire à Madagascar », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2012, pp. 63-73.

²⁵ Institué par l'Arrêté N° 16724/2008 portant mise en place des Conseils en Ethique et Déontologie (CED), cet organe est composé de magistrats ayant fait preuve d'une conduite exemplaire et reconnus par ses pairs au cours de leurs carrières. Il a pour mission d'assister les magistrats dans la résolution de dilemmes d'ordres éthiques ou déontologiques.

²⁶ Note n° 216-MJ/SP/2021 du 17 mars 2021 portant mesures de protection face aux menaces et risques de violence contre les magistrats.

directes ou indirectes de la part de parties en cause, du gouvernement ou de toute autre autorité étrangère à leurs statuts²⁷.

Toutefois, outre la garantie de l'indépendance de chaque magistrat, le justiciable attend également de la justice le maintien et la démonstration de son indépendance sous ses aspects institutionnels²⁸. Là encore, en vertu de la théorie de l'apparence, « *la justice ne doit pas seulement être faite, elle doit également donner le sentiment d'avoir été bien rendue* »²⁹. Il faut démontrer au justiciable que le fonctionnement et les attributions du ministère de la Justice et du conseil supérieur de la magistrature sont de nature à favoriser l'indépendance des magistrats.

À cet égard, la présente étude démontre que la justice malgache, pour être conforme aux exigences internationales d'une indépendance institutionnelle, nécessite une réforme des relations qu'elle entretient avec le pouvoir exécutif. Pour bannir tout risque de confusion des pouvoirs, l'administration de la justice doit se faire dans un cadre véritablement autonome (I), le « *cordon ombilical* » qui existe entre le ministre de la Justice et le ministère public doit être coupé (II), et la capacité du Conseil supérieur de la magistrature à garantir l'indépendance de la Justice doit être renforcée (III).

I. La nécessité d'un cadre autonome pour l'administration de la justice

Le concept d'indépendance se distingue de celui de l'autonomie. Ce dernier suppose la faculté de gérer soi-même ses affaires³⁰. Pour que la Justice soit rendue de manière indépendante dans les juridictions, l'institution judiciaire doit tout d'abord exercer dans un cadre doublement autonome, d'un point de vue organique certes (A), mais aussi d'un point de vue budgétaire (B).

²⁷ Article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et article 2 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature.

²⁸ P. JAN, « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », *Après-demain*, vol. 41, NF, n° 1, 2017, pp. 20-22.

²⁹ Traduction libre de la célèbre phrase « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* » de Lord Hewart, Lord Chief Justice d'Angleterre dans l'affaire *Rex c/ Sussex Justices* de 1924, consacrée comme la théorie de l'apparence dans l'arrêt CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req n° 2689/65.

³⁰ R. MONJO, « L'autonomie, de l'indépendance vers l'interdépendance », *Le sociographe*, vol. 6, 2013, p. 173.

A. La nécessité d'une autonomie organique

Disposer d'une autonomie organique, c'est avoir la faculté de s'administrer librement. L'« administration de la justice » est la faculté de s'assurer du bon accomplissement comme de l'efficacité de la mission de justice. Elle comprend le suivi des procédures judiciaires, le renforcement de la performance des juridictions, le contrôle disciplinaire du service administratif et du personnel de soutien et le maintien d'une bonne relation avec les partenaires de justice³¹. L'autorité responsable a l'obligation de s'informer des attentes de la société vis-à-vis du système judiciaire et des plaintes concernant son fonctionnement³².

En vertu du décret fixant les attributions du Garde des Sceaux, ministre de la Justice, ainsi que l'organisation générale de son ministère, le ministère de la Justice malgache participe de manière non négligeable à l'exercice de cette compétence d'administration³³. Il entreprend les réformes, gère le budget, les programmes et toutes les ressources y compris celles des juridictions, de la même manière qu'il gère l'administration pénitentiaire³⁴. En d'autres termes, le bon fonctionnement du système judiciaire, d'un point de vue général, dépend du pouvoir politique.

Certes, administrer la justice n'est effectivement pas juger³⁵. Il ne s'agit pas ici de remettre en question toute l'administration judiciaire. Par exemple, la définition et la conduite de la politique de la nation, dont les politiques en matière pénale, civile, commerciale et même celles des juridictions administratives et financières, appartiennent au gouvernement³⁶. Cela implique qu'il est appelé à intervenir dans la détermination du nombre, du siège et du ressort des juridictions, dans la fixation du nombre de magistrats à admettre après les concours nationaux

³¹ Article 32 de la Déclaration de Singhvi ou Projet de Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice de 1985.

³² Article 20 de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités.

³³ Décret n° 2022-509 du 13 avril 2022 fixant les attributions du Garde des Sceaux, ministre de la Justice, ainsi que l'organisation générale de son ministère.

³⁴ L'article 4 dudit décret dispose plus précisément que « L'organisation générale du Ministère de la Justice est composée comme suit : le Ministre ; le Secrétariat Général ; la Direction Générale des Affaires Judiciaires, des Etudes et des Réformes ; la Direction Générale des Programmes et des Ressources ; la Direction Générale de l'Administration Pénitentiaire. »

³⁵ Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques de l'Université de Limoges, L. BERTHIER, et H. PAULIAT, *L'administration et la gestion des systèmes judiciaires en Europe*, Commission européenne pour l'efficacité de la justice, 2008, 44 p.

³⁶ Article 60 de la constitution

ou encore dans la coordination des actions des professions judiciaires³⁷. Pour ces raisons, le pouvoir exécutif doit être en relation avec la Justice.

Par ailleurs, les magistrats gèrent majoritairement ce ministère. Le Conseil supérieur de la magistrature relève effectivement qu'une centaine de magistrats – de tous ordres confondus – sont rattachés à la Chancellerie³⁸. Ils y occupent exclusivement tous les hauts emplois de l'État en rapport direct avec les juridictions, et il est d'usage que le ministre de la Justice soit lui-même un magistrat. En effet, la magistrature malgache tient à ce que les personnes désignées en tant que responsables au sein de ce ministère appartiennent à son corps. Ainsi, la nomination, au poste de secrétaire général intérimaire du ministère, d'une personne qui appartenait à la gendarmerie³⁹ avait fait s'élever des voix⁴⁰. Dernièrement, alors que le poste de ministre de la Justice était momentanément vacant, le syndicat de la magistrature malgache a fait savoir, à travers un communiqué, qu'il exigeait de l'exécutif que le prochain ministre remplisse certains critères : l'intégrité, le grade, les expériences dans la magistrature et la volonté à défendre l'indépendance de la Justice⁴¹.

Dans un système où la Justice n'est pas directement représentée par une institution indépendante, cette gestion par la magistrature peut être considérée comme une politique du moindre mal⁴² ; un moyen de défendre cette indépendance, malgré le fait que les magistrats ne soient pas les seuls agents que ce ministère prend en charge.

Cependant, si le ministre de la Justice appartient à la magistrature, et donc est supposé attaché aux impératifs éthiques et professionnels du corps, il n'en demeure pas moins qu'il n'occupe pas son poste en tant que juge, mais en tant que membre du gouvernement. Il est donc soumis à une obligation de loyauté envers

³⁷ Article 17 du décret n° 2022-509 du 13 avril 2022 fixant les attributions du Garde des Sceaux, ministre de la Justice ainsi que l'organisation générale de son ministère, le ministère de la Justice.

³⁸ Effectif des magistrats fourni dans le cadre de la présente recherche par le Conseil supérieur de la magistrature jusqu'en date du 30 mai 2022.

³⁹ Voir la note de service n° 032-MJ/SP/2021 du 20 janvier 2021 ayant pour objet l'intérim du secrétaire général du ministère de la Justice.

⁴⁰ E. NANDRASANELA, « Ministère de la Justice, débat sur la nomination du SG intérimaire », *L'Express Madagascar*, 23 janvier 2021, URL : <https://lexpress.mg/23/01/2021/ministere-de-la-justice-debat-sur-la-nomination-du-sg-interimaire/> dernière consultation le 24 janvier 2021.

⁴¹ Voir le communiqué n° 03-SMM/P du 18 février 2022 du Syndicat des magistrats de Madagascar intitulé « Firaisankinan'ny mpitsara ma hampanjaka ny marina » (traduction libre : solidarité des magistrats pour faire régner la vérité).

⁴² P. RAFOLISY, *Rapport ouvert du représentant de la Société Civile au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature (2017–2020)*, janvier 2020, autoédition, pp. 11-12.

le pouvoir politique en place⁴³. De même, il n'est pas sans intérêt de préciser que les magistrats qui exercent au sein du ministère de la Justice sont pratiquement semblables au commun des fonctionnaires. Certes, ils conservent leur statut particulier en tant que magistrats, toutefois les missions qu'ils y exercent ne nécessitent pas cette qualité. Ce sont des tâches purement administratives⁴⁴. Ils effectuent, sous la subordination hiérarchique du pouvoir politique, des tâches pour lesquelles ils n'ont pas été formés à l'ENMG.

En fin de compte, la question n'est plus tellement de savoir qui gère la Justice, mais plutôt comment elle est gérée.

Tout d'abord, l'ordre judiciaire malgache n'a pas la faculté d'élaborer des projets de loi, que ce soit par lui-même ou par l'intermédiaire du CSM. Il doit passer par le canal du ministère de la Justice, car la Constitution ne donne qu'au gouvernement l'initiative et l'élaboration des projets de lois à soumettre au Parlement⁴⁵. L'engagement des réformes sur la justice dépend ainsi uniquement de la volonté politique et des priorités des dirigeants. En conséquence, les magistrats des juridictions doivent principalement compter sur l'« esprit de corps » des magistrats en poste au sein du ministère de la Justice, pour défendre l'institution et leurs intérêts s'ils devaient être menacés.

Cela ne serait pas nécessaire si les juridictions et le CSM étaient effectivement impliqués dans l'administration de la Justice malgache. Le fait est qu'ils doivent pouvoir participer de manière directe à l'élaboration des réformes les concernant, ainsi que cela est systématiquement recommandé dans les instruments juridiques internationaux relatifs à la Justice⁴⁶. En effet, le Parlement devrait être en mesure d'entendre leurs propositions, concernant notamment les questions relatives à leur statut, à la définition de leurs besoins, à leurs conditions de rémunération et de protection sociale, aux ressources financières adéquates pour permettre un fonctionnement exempt de surcharge de travail et à toutes les priorités qui sont les leurs en accord avec leur réalité quotidienne⁴⁷. Il est donc primordial que le législateur permette à la Justice de porter, en tant que principal

⁴³ N. BELLOUBET, « Ministre de la Justice, un oxymore ? », *Pouvoirs*, vol. 178, n° 3, 2021, pp. 131-145.

⁴⁴ À noter que le magistrat malgache est un agent public de l'Etat avec un statut particulier distinct du statut général des fonctionnaires en raison de l'importance de la fonction.

⁴⁵ Article 65 de la Constitution.

⁴⁶ Conseil de l'Europe, Charte européenne sur le statut des juges, Strasbourg, 8-10 juillet 1998. DAJ/DOC (98) 23, point 1.8 ; article 2-3 du statut universel du juge ; article 37 de la Déclaration de Beijing sur les principes relatifs à l'indépendance de l'appareil judiciaire ; article 34 de la Déclaration de Singhvi sur l'indépendance de la justice.

⁴⁷ Article 37 de la Déclaration de Beijing sur les principes relatifs à l'indépendance de l'appareil judiciaire ; article 3-3 la déclaration de Palerme du 16 janvier 1993 portant sur les éléments d'un statut européen de la magistrature. Texte adopté par les Magistrats européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL).

acteur, ses propositions de réforme avec ou sans la collaboration du pouvoir exécutif.

Cela est particulièrement important en matière budgétaire.

B. La nécessité d'une autonomie budgétaire

Octroyer une autonomie budgétaire à la justice implique de lui laisser la libre administration de ses ressources. La doctrine relègue souvent cette question au second plan, après celle de l'organisation et la séparation des pouvoirs, lorsqu'il s'agit d'aborder la justice⁴⁸.

D'une manière générale, l'État a pour obligation de fournir à la magistrature les moyens adéquats pour une administration normale de la justice, les installations physiques (salaires et avantages sociaux) nécessaires au maintien de l'indépendance, de la dignité et des responsabilités qu'elle assume et à la mesure de l'efficacité requise. Il doit aussi lui octroyer un personnel judiciaire et administratif dûment qualifié en plus d'un budget qui couvre les missions du CSM et les formations initiales et continues des magistrats. L'indépendance et l'impartialité d'une juridiction peuvent être remises en cause lorsque les garanties législatives et financières s'avèrent insuffisantes pour éviter les pressions extérieures⁴⁹.

L'article 37 du Code de déontologie des magistrats le rappelle : « *Le magistrat doit disposer de tous les moyens utiles lui permettant de réaliser les impératifs de diligence et de célérité inhérents à l'administration d'une bonne Justice à savoir les moyens matériel, financier et humain* ». En revanche, comme le précisait l'ancien ministre de la Justice Analet IMBIKI, « *malgré l'emploi du verbe 'doit disposer', l'absence de termes de référence précis (délai de mise à disposition et consistance de moyens, rubriques ou lignes de crédits bénéficiaires) rend le respect de l'obligation de l'État très difficile à apprécier* »⁵⁰.

⁴⁸ F. TIBERGHIEU, « Pouvoir Judiciaire et gestion autonome des moyens », *ibid.*, p. 27.

⁴⁹ CEDH, 6 septembre 2005, *Salov c/ Ukraine*, req n° 65518/01, §86: « *Eu égard aux considérations précitées quant à l'insuffisance des garanties législatives et financières contre les pressions extérieures qui pouvaient être exercées sur le juge appelé à connaître de l'affaire, et spécialement à l'absence de pareilles garanties relativement à d'éventuelles pressions de la part du président du tribunal régional, à la nature contraignante des instructions données par le présidium du tribunal régional et au libellé des décisions judiciaires interlocutoires pertinentes rendues en l'affaire, la Cour estime que les doutes exprimés par le requérant quant à l'impartialité du juge du tribunal du district Kuybyshevsky de Donetsk peuvent passer pour objectivement justifiés* ».

⁵⁰ A. IMBIKI, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, éd. Créons, 2013, p. 144.

En effet, le budget des juridictions malgaches relève de celui du ministère de la Justice, tandis que celui du CSM « *est individualisé par une ligne spécifique au sein du budget de la présidence de la République* »⁵¹ – la Haute Cour Constitutionnelle et la Haute Cour de Justice, en revanche, ont chacune un budget autonome. Ainsi, la détermination et la gestion des moyens de la justice appartiennent au législatif et à l'exécutif. Ils décident de l'importance des ressources à lui allouer, évidemment dans la limite des ressources de l'État et selon les axes prioritaires du pouvoir politique. Il faut également prendre en compte que le budget du ministère de la Justice comprend celui de l'administration pénitentiaire. Les institutions judiciaires malgaches ne sont donc pas réellement indépendantes de ce point de vue, à l'exception des deux hautes juridictions précitées⁵².

De 2021 à 2022, non seulement le budget de la justice a diminué, mais il est également passé de 1,91 % à 1,62 % du budget général de l'État⁵³, cela malgré une augmentation de ce dernier de plus de 25 % pour l'année 2022. Le fait est que les ressources de la justice dépendent de l'arbitrage budgétaire effectué uniquement par l'exécutif, tant pour l'allocation des moyens que pour l'exécution de certaines dépenses.

Or, l'expérience a prouvé que le ministère de la Justice n'est pas toujours en mesure de porter les revendications des juridictions. De multiples grèves ont été entamées par les magistrats malgaches au fil des années afin d'obtenir les ressources appropriées pour honorer leur indépendance. Dans ces manifestations, les magistrats comptaient principalement sur l'appui du peuple et de la société civile pour faire pression sur l'État, afin que ce dernier s'y oblige. Si l'éthique devait être suffisante pour inciter le gouvernement à prendre, de manière volontariste, les mesures nécessaires, la menace de l'exécutif de leur couper les vivres s'ils ne reprenaient pas l'exercice de leurs fonctions a rapidement étouffé ces grèves. Il s'agit d'un ultimatum que les magistrats n'ont pu prendre à la légère, car ils ne disposent pas d'une autonomie budgétaire. De cette manière, les réformes entamées en 2017 se sont enlisées à la suite de manifestations syndicales au niveau national qui avaient pourtant réussi à paralyser l'appareil judiciaire. La matière financière constitue le plus grand levier de la pression subie par la magistrature malgache, qui souffre d'un manque de moyens criant.

Il est de notoriété publique que les reproches faits à la justice se rapportent souvent à sa lenteur, causée par la vétusté et l'insuffisance de ses infrastructures

⁵¹ Article 12 de la loi organique relatif au Conseil supérieur de la magistrature malgache.

⁵² P. JAN, « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », *ibid.*, p. 22.

⁵³ Le budget du ministère de la justice est passé de 219 389 695 000 Ariary dans la loi de finances n° 2020-013 pour 2021 à 178 232 604 000 Ariary dans la loi de finances n°2021-027 pour 2022.

voire de ses magistrats et, de fil en aiguille, la dégradation de la réponse judiciaire. Les moyens de la justice ne sont pas à la hauteur de ses défis.

La question reste de savoir si les magistrats sont toujours tenus d'exécuter leurs devoirs si l'État n'honore pas les siens⁵⁴. Dans une décision en date du 25 avril dernier, le CSM français a répondu par la négation alors qu'une ancienne juge d'instruction à Avignon y avait été traduite pour son retard excessif dans le traitement de ses dossiers. Le Conseil estime que la magistrate, en raison des contraintes structurelles et conjoncturelles auxquelles elle devait faire face dans le cadre de son travail, n'avait pas à porter le poids des dysfonctionnements de la justice⁵⁵.

Sans aller jusqu'à l'autonomie totale de chaque juridiction, il est nécessaire que l'administration de la justice soit conçue de façon à donner à la justice les moyens d'accomplir leurs tâches sans se trouver à la merci des gouvernements qui se succèdent⁵⁶.

C'est pourquoi l'autonomie budgétaire, garantie fondamentale de son indépendance conformément aux prescriptions internationales⁵⁷, doit être accordée à la Justice malgache. Tout au moins, le CSM doit être associé en amont à l'élaboration du budget de la justice. Les propositions de réformes en la matière devraient même provenir du Conseil selon la déclaration de Palerme de 1993⁵⁸. Dans la mesure où la composition de cet organe permet d'affirmer qu'il est représentatif de la magistrature malgache, il devrait également être impliqué dans l'administration de la justice. Il est de son rôle de garantir la qualité de la justice

⁵⁴ A. IMBIKI, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, op. cit., p. 149.

⁵⁵ T. BOUTRY, « Crise de la justice : la détresse d'une juge d'instruction mise en cause devant le CSM pour 'inertie' », *Le Parisien*, 31 mars 2022.

URL : <https://www.leparisien.fr/faits-divers/crise-de-la-justice-je-mapproche-de-plus-en-plus-du-precipice-la-detresse-dune-juge-dinstruction-mise-en-cause-devant-le-csm-31-03-2022-QQZGG7RXOZE5JFLSFAOFK7CXKI.php> dernière consultation le 1er août 2022.

⁵⁶ H. BRUN, et D. LEMIEUX, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ? », *Les cahiers de Droit*, vol.18, n° 2-3, 2005, p. 275.

⁵⁷ Article 2-4 du statut universel du juge ; article 10 des Normes minimales d'indépendance judiciaire établies adopté par l'association internationale du barreau en 1982 ; article 2.41 de la Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice du 10 juin 1983 ; article 33 de la Déclaration de Singhvi sur l'indépendance de la Justice ; article 42 de la Déclaration de Beijing sur les principes relatifs à l'indépendance de l'appareil judiciaire dans la région de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique de 1995 ; article 33 de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités ; note explicative 6.3 de l'Avis n° 9 (2014) du Conseil consultatif de procureurs européens à l'attention du comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les normes et principes européens concernant les procureurs approuvé par le CCPE à Rome le 17 décembre 2014; article 7 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature.

⁵⁸ Article 3.3 de la déclaration de Palerme.

et le fonctionnement global des juridictions⁵⁹. De surcroît, renforcer son rôle en matière budgétaire le rendrait plus indépendant.

Cela est d'autant plus important que, s'agissant de la gestion des carrières des magistrats, le CSM prend les décisions d'affectation sans aucune visibilité sur les fonds à sa disposition⁶⁰. Pour cette raison, les magistrats affectés doivent prendre eux-mêmes en charge leurs déplacements avant, éventuellement, de se les faire rembourser ; cela en dépit de l'article 41 du code de déontologie des magistrats qui dispose que « *les déplacements du magistrat et de sa famille pour rejoindre son lieu d'affectation sont pris en charge d'une manière effective* ».

Les Directives de Latimer House pour le Commonwealth sur la suprématie parlementaire et l'indépendance de la justice de 2001 vont plus loin : elles supposent que les finances nécessaires à l'administration de la justice et du CSM soient protégées de toute aliénation ou utilisation abusive⁶¹. Plus précisément, la loi doit garantir qu'aucune autre institution ne soit en mesure de les utiliser comme un moyen d'exercer un contrôle indu.

En définitive, octroyer l'autonomie budgétaire c'est octroyer l'indépendance matérielle. L'accessibilité de la Justice dépend de cela tout comme l'instruction de l'ensemble des affaires dans de bonnes conditions et dans le respect des principes de diligence et célérité.

Évidemment, l'indépendance institutionnelle de la Justice ne saurait se limiter aux questions administratives et financières. Elle est également liée à la fonction même du magistrat qui doit être exercée à l'abri de toute intervention injustifiée ou ingérence⁶². Le cas des membres du ministère public malgache mérite ici une attention particulière.

⁵⁹ Article 3.1 de la déclaration de Palerme ; article 26 et suivants de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités ; article 2-3 du statut universel du juge.

⁶⁰ P. RAFOLISY, *Rapport ouvert du représentant de la Société Civile au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature (2017–2020)*, *op. cit.*, pp. 16-24.

⁶¹ Article II.2 des Directives de Latimer House pour le Commonwealth sur la suprématie parlementaire et l'indépendance de la justice du 16 juin 1998.

⁶² Article 4 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature de 1985 ; Article 1.2 des Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime du 1^{er} janvier 2003, E/CN.4/2003/65.

II. La nécessité de rompre le « *cordon ombilical* »⁶³ entre le ministre de la Justice et le ministère public

Les membres du ministère public malgache sont des magistrats de l'ordre judiciaire à part entière. Ils sont régis par le même statut que les magistrats du siège⁶⁴, en particulier vis-à-vis du CSM et en ce qui concerne plus largement leurs libertés et garanties. Ils ont cependant la particularité d'être « *soumis à la subordination hiérarchique ; toutefois, dans leurs conclusions ou réquisitions orales, ils agissent selon leur intime conviction et conformément à la loi* »⁶⁵.

En vertu de l'article 150 du Code de procédure pénale malgache, « *le ministère public comprend dans sa hiérarchie : le procureur général près la cour d'appel ; les avocats généraux et substituts généraux ; les procureurs de la République et leurs substituts ; les officiers du ministère public* ».

Bien que sa fonction ne soit guère précisée par cette disposition, le ministre de la Justice joue un rôle significatif dans la procédure pénale, mais trop important à certains égards. Si sa mission de conduite de la politique pénale se justifie d'un point de vue général (A), sa possibilité d'intervenir en la matière *via* des instructions individuelles ne l'est pas (B).

A. Le rôle justifié du ministre de la Justice s'agissant de la conduite générale de la politique pénale

Nul ne peut contester que la définition des politiques publiques, y compris en matière judiciaire, revient au gouvernement. L'article 63 de la Constitution consacre cette compétence⁶⁶, et la politique pénale rentre dans cette catégorie.

En vertu de l'article 30 du code de procédure pénale malgache, le ministre de la Justice, chargé de conduire la politique d'action publique déterminée par le gouvernement, peut adresser aux procureurs généraux et aux procureurs de la République des instructions générales de politique pénale. Ces derniers peuvent adapter ces instructions pour tenir compte des caractéristiques régionales ou locales de la délinquance.

⁶³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, P.U.F., 2000, 336 pp.

⁶⁴ Article premier du statut de la magistrature : « *Les magistrats professionnels des cours et tribunaux ainsi que ceux de l'administration centrale du ministère de la Justice sont régis par le présent statut et forment le corps de la magistrature. Ils sont tenus aux obligations inhérentes à la fonction de magistrat et bénéficient des avantages y afférents* ».

⁶⁵ Article 4 alinéa 3 du statut de la magistrature ; article 110 de la constitution ; article 36 du code de déontologie des magistrats.

⁶⁶ Article 63 de la constitution malgache : « *Le Gouvernement est composé du premier ministre et des ministres. Il met en œuvre la politique générale de l'État* ».

La politique pénale consiste en des instructions à caractère général sur les lignes directrices des poursuites par le ministère public, données par le gouvernement via le garde des Sceaux. Il peut s'agir de consignes sur l'orientation des dossiers, les politiques de sécurité locale, la procédure que le parquet doit prioriser pour certaines infractions et les conditions dans lesquelles la loi pénale est appliquée⁶⁷. L'organisation unitaire et hiérarchique du parquet permet efficacement ce relai. Les instructions sont systématiquement formulées dans des circulaires afin que le ministère public – qui sera tenu de les appliquer – puisse se prévaloir du fait qu'il s'agit des directives du gouvernement, et afin que les justiciables en soient également informés⁶⁸.

L'utilité de la politique pénale menée par le gouvernement n'est pas remise en question. De même, les remontées d'informations concernant la justice vers le ministère de la Justice sont nécessaires afin de permettre au gouvernement de rendre compte devant le parlement de la politique conduite en matière pénale. Elles lui permettent de connaître les réalités sociales et d'adapter les instructions générales selon ces informations si cela s'avère nécessaire⁶⁹.

Cependant, dans les domaines où les législations permettent au pouvoir exécutif d'intervenir, la présente étude souhaite analyser plus particulièrement le rôle important du ministre de la Justice dans la conduite de l'action publique.

B. Le rôle contestable du ministre de la Justice dans la conduite de l'action publique

Certes, le droit malgache consacre le principe de l'opportunité de la poursuite⁷⁰ dans une procédure qui emprunte aux systèmes tant accusatoires qu'inquisitoires⁷¹. Il donne au ministère public la latitude de ne pas appliquer ou de faire une application sélective de telle ou telle législation pénale.

⁶⁷ P. MILBURN, « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ? », *Droit et société*, n°74(1), 2010, pp. 73-90.

⁶⁸ Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2000)19 du comité des ministres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale du 6 octobre 2000. Article 36.

⁶⁹ A. MONTEBOURG, « Les paradoxes du garde des Sceaux », *Après-demain*, Vol.15, NF, 2010, pp. 16-19.

⁷⁰ Articles 172 et suivants du code de procédure pénale malgache.

⁷¹ En matière d'accusation, si l'initiative de la poursuite est en principe réservée au représentant de la société, la victime peut également déclencher l'action publique par une plainte assortie de constitution de partie civile. Les principes du système inquisitoire de procédure secrète, écrite et non contradictoire sont applicables durant l'enquête préliminaire, l'information sommaire et l'instruction préparatoire tandis que le procès est en principe public, oral et contradictoire et l'inculpé est jugé par des magistrats professionnels.

Malgré cela, en vertu de l'article 152 du même code « *le ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'exercer ou de faire exercer des poursuites, ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes* ». Enfin, l'article 148 du même code précise que « *les membres du ministère public sont tenus de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui leur sont données dans les conditions prévues aux articles 152 et 153* »⁷².

Le danger des instructions individuelles est qu'elles peuvent obliger le ministère public à engager des poursuites qui n'ont pas lieu d'être ou à ne pas exercer d'action alors qu'il le devrait⁷³. Elles sont une manifestation concrète d'ingérence, dont la motivation peut être exclusivement politique. Cette opportunité accordée au ministre de la Justice peut rapidement devenir un vecteur de corruption.

Dans la pratique, de telles dispositions nourrissent un interventionnisme ministériel qui est déjà une maladie chronique de la justice malgache⁷⁴. Sous couvert du concept de « *fihavanana* », ce lien communautaire qui veut que les problèmes doivent être résolus en privilégiant d'abord la concertation et la discussion⁷⁵, l'impartialité du magistrat se trouve mise à l'épreuve voire parfois mise à mal par des interventions tant endogènes (de la part des supérieurs hiérarchiques) qu'exogènes (de la part des autorités politiques, administratives et les proches)⁷⁶. Ces dernières années ont vu la généralisation des suspicions sur l'emprise que les autres pouvoirs de l'État peuvent avoir sur les magistrats du ministère public du pays. Leur impartialité, dans les enquêtes qu'ils dirigent, se trouve mise en doute.

Au cours des assises nationales de février 2012, les magistrats malgaches se sont résolus à « *défendre et préserver l'indépendance en refusant et en dénonçant publiquement toutes interventions tendant à modifier le cours normal d'une procédure judiciaire ou la décision juridictionnelle qui sera rendue et en*

⁷² L'article 153 du code de procédure pénale malgache rajoute que « *Le procureur général a autorité sur tous les autres membres du ministère public. Il a, à leur égard, les mêmes prérogatives que celles reconnues au ministre de la Justice à l'article précédent* ».

⁷³ Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II - le ministère public, *op. cit.*, p.10.

⁷⁴ A. ROGER, « Le pouvoir judiciaire au cœur de la crise institutionnelle à Madagascar », *Afrique contemporaine*, 2002, n° 202-203, p. 35.

⁷⁵ F. ESOAVELOMANDROSO, « Regards sans fards sur la justice malgache ou comment réconcilier les justiciables avec la justice à Madagascar ? », *Annales Droit nouvelle série*, Université d'Antananarivo, département droit, n° 5, 2016, p. 2.

⁷⁶ A. IMBIKI, et J. ANDRIAMIFIDY, « Le mentoring au service de l'éthique judiciaire à Madagascar », *ibid.*, p. 66.

s’opposant à toute ingérence de l’exécutif et du législatif dans le fonctionnement normal de la Justice »⁷⁷. Le Syndicat des magistrats malgache (SMM) avait encore récemment condamné l’utilisation du principe de subordination hiérarchique du parquet « *afin d’incriminer injustement des innocents et de protéger indûment des criminels* »⁷⁸.

Cependant, dans la pratique il faut des procureurs courageux pour exiger de leurs supérieurs qu’ils délivrent leurs ordres et correspondances systématiquement par écrit (à des fins de traçabilité des décisions prises, celle-ci constituant une garantie pour le magistrat du Parquet), comme la nécessité en est soulignée par le recueil des obligations déontologiques de magistrats⁷⁹ ou encore plusieurs instruments internationaux de *soft law* dont les recommandations du Conseil de l’Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale⁸⁰.

Cela rend aujourd’hui indispensable de modifier la loi afin de renforcer les garanties d’indépendance des magistrats, notamment concernant le ministère public et sous la forme alors d’une interdiction pure et simple des instructions de poursuites ou de non-poursuites dans les affaires individuelles.

Les observateurs internationaux, à l’instar de *Transparency International*, avaient sollicité en ce sens une réforme du statut du parquet français qui mette définitivement fin à cette subordination des magistrats par l’exécutif⁸¹.

La France, à travers la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l’action publique, ne permet plus au ministre de la Justice d’adresser aux magistrats du ministère public une quelconque instruction dans des affaires individuelles. Ces derniers peuvent donc

⁷⁷ Il s’agit du premier engagement figurant dans les Résolutions issues des assises nationales des magistrats tenues les 8,9 et 10 février 2010 pour restaurer la culture de la légalité et de la Justice à Madagascar. À la suite de ces assises, les magistrats avaient exigé que la Cour suprême soit composée de la Cour constitutionnelle, la Cour de Justice, la Cour de cassation, du Conseil d’État et de la Cour des comptes ; et qu’avec le Conseil supérieur de la magistrature ils deviennent des « Institutions de la république ». Dix ans plus tard, ces résolutions sont restées lettre morte.

⁷⁸ Communiqué de presse du 9 février 2022 par Mbintanarivo ANDRIANTSIHORISOA, président du Syndicat de la magistrature de Madagascar.

⁷⁹ Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des Magistrats*, 2017, p. 54.

⁸⁰ Article 10 de la Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.

⁸¹ Transparency International France, 2017, *Indépendance de la justice : pour une réforme ambitieuse*, par A. BOISSE. URL : <https://transparency-france.org/actu/independance-justice-pour-une-reforme-ambitieuse/> dernière consultation le 20 août 2021.

théoriquement affirmer qu'ils sont indépendants du pouvoir politique et qu'ils exercent leur fonction en toute impartialité et indépendance⁸². Si comparaison n'est pas toujours raison, la suppression de ces dispositions légales contribue au moins à faire taire les soupçons ouverts d'une instrumentalisation politique et systématique du parquet.

Il est essentiel que l'action publique individuelle relève exclusivement du ministère public et, au premier chef, du procureur de la République. Ce dernier doit avoir toute la latitude nécessaire pour « *ne pas poursuivre lorsque les poursuites ne sont pas dans l'intérêt public, comme dans les pays où le principe d'opportunité s'applique* »⁸³. Il doit exercer sa fonction dans le respect de la loi, en toute équité, de manière cohérente et diligente, dans une organisation unitaire⁸⁴.

En droit international, l'indépendance du parquet n'est pas exigée. Encore faut-il que, dans un État donné, l'exécutif ait effectivement de l'autorité sur lui. Cependant, le Conseil consultatif des procureurs européens a tenu à préciser que « *l'indépendance et l'autonomie du ministère public constituent un corollaire indispensable à l'indépendance du pouvoir judiciaire* »⁸⁵.

En tout état de cause, s'il est important de chercher des solutions pour empêcher le pouvoir politique de s'imposer dans l'administration et le fonctionnement de la justice, il faudra également, en vue de l'indépendance institutionnelle de la Justice, **améliorer les conditions** de la gestion des carrières des magistrats. En effet, tant que l'exécutif gère au principal la carrière des magistrats, « *à défaut d'être [ses] subordonnés, ces derniers n'en restent pas moins [ses] obligés* »⁸⁶.

⁸² M. ROBERT, « L'évolution des politiques pénales et des rapports entre la chancellerie et les parquets », *Les Cahiers de la Justice*, vol.1, n° 1, 2016, p. 88.

⁸³ Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II - le ministère public, 3 janvier 2011, CDL-AD(2010)040, p. 11.

⁸⁴ Article 12 des Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet adoptés par le Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants à La Havane, Cuba en 1990.

⁸⁵ Point IV de l'Avis n°9 (2014) sur les normes et principes européens concernant les procureurs du Conseil consultatif des procureurs européens. Le point V dudit avis souligne que « *Les procureurs devraient prendre leurs décisions de façon autonome et effectuer leurs tâches sans subir de pressions externes ni d'ingérence, conformément aux principes de séparation des pouvoirs et de responsabilité* ».

⁸⁶ C.ARGENTON, « Pour l'indépendance statutaire du parquet », *Commentaire*, vol.138, 2012, p. 453.

III. La nécessité de renforcer la capacité du CSM à garantir l'indépendance de la Justice

La magistrature malgache s'exerce dans le cadre d'une carrière professionnelle. Ainsi, l'indépendance institutionnelle de la Justice nécessite que cette carrière soit gérée d'une manière qui permette de garantir l'indépendance des magistrats. À cet égard, la présence de l'exécutif au sein du Conseil supérieur de la magistrature, organe incontournable s'agissant des diverses évolutions de carrière des magistrats, nécessite d'ouvrir le débat quant à l'influence qu'il est ainsi susceptible d'exercer sur les magistrats (A), ce qui conduit à interroger la composition même du CSM (B).

A. Les attributions de l'exécutif au sein du CSM : une source de risques pour l'indépendance individuelle des magistrats

Il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'en vertu de l'article 107 de la Constitution, le CSM est présidé par le président de la République et le ministre de la Justice est son vice-président. Le CSM a pour mission centrale d'assister le président de la République dans sa mission de garantir l'indépendance de la justice. Ses compétences directes en la matière sont limitées à « *émettre des avis et les rendre publics ou saisir les autorités de son choix, chaque fois qu'il estime que l'indépendance de la magistrature ou des magistrats se trouve menacée ou affectée* »⁸⁷ ; puis à recevoir, examiner et donner suite « *aux dénonciations par les magistrats des interventions [...] susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de la Justice* »⁸⁸. Cependant, il exerce également cette mission générale en intervenant dans la nomination, l'affectation et la promotion des magistrats (A) ainsi que dans la mise en œuvre de la procédure disciplinaire à leur égard (B).

1. Une source de risques liée aux compétences du CSM en matière de nomination, d'affectation et de promotion des magistrats

Aux termes de l'article 16 de la loi organique relative au Conseil Supérieur de la Magistrature, le Conseil décide des nomination, promotion et affectation des magistrats. Cependant, les concours d'entrée à l'ENMG, le processus de nomination à l'issue de l'examen de fin d'études, la formalisation des affectations et des avancements, l'initiative des poursuites disciplinaires et la formalisation des décisions du Conseil de discipline, et enfin, l'autorisation de poursuite pénale pour les hauts Magistrats de la Cour suprême, des Cours d'appel et des Chefs de juridictions de première instance, relèvent tous de la compétence du ministère de

⁸⁷ Article 21 de la loi sur le CSM.

⁸⁸ Article 22 de la loi sur le CSM.

la Justice⁸⁹. De même, les nominations des chefs de la Cour Suprême ainsi que des trois cours la composant sont effectuées par décret pris en Conseil des ministres, sur proposition du ministre de la Justice, après consultation du CSM⁹⁰. Pareillement, bien qu'aucune disposition légale ne le prévoit expressément, la nomination des chefs des six cours d'appel de Madagascar se fait également par décret pris en Conseil des ministres. La dernière en date est celle de la nomination du premier président de la cour d'appel d'Antsiranana⁹¹.

À première vue, lorsque le pouvoir exécutif effectue toutes ces missions, l'on peut penser qu'il s'agit de simples formalités qui ne portent pas nécessairement une charge de politisation⁹². En effet, la loi exige que les propositions de nomination par le Conseil lient l'autorité de nomination⁹³. Cependant, ces nominations peuvent être particulièrement politisées, dès lors qu'elles concernent le choix des chefs de juridictions. D'ailleurs, dans la pratique le CSM propose au pouvoir exécutif plusieurs noms pour ces fonctions ; ce dernier aura le dernier mot⁹⁴. Soucieux de l'emprise que le pouvoir exécutif possède sur la justice, des membres du Conseil ont déjà demandé à ne proposer qu'un seul nom pour chaque nomination, mais la proposition de plusieurs noms est restée d'usage⁹⁵.

En tout cas, de tels actes affaiblissent indéniablement l'indépendance de la magistrature malgache. L'indépendance institutionnelle d'une juridiction, dont les membres dépendent, pour ce qui concerne la nomination, la destitution et l'avancement, des relations qu'ils entretiennent autant entre eux qu'avec le gouvernement, reste ainsi très relative⁹⁶. Pour éviter que le gouvernement ne puisse exercer une influence ultérieure sur les magistrats et, plus généralement éviter les ingérences extérieures, il y a lieu de confier la nomination des chefs de cours au seul CSM.

Concernant l'affectation, l'inamovibilité garantit la sécurité du mandat et de fil en aiguille, l'indépendance des magistrats⁹⁷. L'article 9 du statut de la

⁸⁹ A. IMBIKI, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁰ Article 16 de la loi sur le CSM.

⁹¹ Décret de nomination pris en Conseil des ministres datant du 10 août 2022 de Mme S. J. au poste de Premier président de la Cour d'Appel d'Antsiranana.

⁹² F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *ibid.*, pp. 53-54.

⁹³ Article 16 de la loi sur le CSM.

⁹⁴ P. RAFOLISY, *Rapport ouvert du représentant de la Société Civile au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature (2017–2020)*, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ H. BRUN, et D. LEMIEUX, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ? », *ibid.*, pp. 265-313.

⁹⁷ Article 12 des principes de Syracuse ou projet de principes sur l'indépendance du pouvoir judiciaire formulé par un comité représentatif d'experts de mai 1981.

magistrature dispose en ce sens que « *les magistrats du siège sont inamovibles. Ils occupent les postes dont ils sont titulaires en raison de leur grade ; ils ne peuvent recevoir sans leur consentement aucune affectation nouvelle, sauf nécessité de service dûment constatée par le Conseil supérieur de la magistrature* ». De même, ils ne peuvent être révoqués tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin du mandat fixé par la loi⁹⁸. À noter que si la législation malgache n'a pas prévu l'inamovibilité des membres du ministère public, ils sont nommés, affectés et promus dans les mêmes conditions que les magistrats du siège⁹⁹.

L'inamovibilité souffre évidemment d'exceptions, tenant notamment aux systèmes de roulement régulier, aux promotions, aux circonstances exceptionnelles et aux nécessités du service. Le principal problème réside dans l'ambiguïté de la notion de « *nécessité de service* » appelée également « *intérêt du service* » dans d'autres systèmes juridiques¹⁰⁰, qui n'est guère encadrée par le droit malgache. Même le statut général des fonctionnaires malgaches, loi générale applicable en cas de silence du statut particulier des magistrats, ne fournit pas de précisions à ce propos. Le Conseil est ainsi susceptible d'utiliser ses attributions en matière d'affectation, pour punir un magistrat indépendant et courageux et en même temps dissuader les autres de suivre son exemple, en le transférant à un poste moins avantageux¹⁰¹. Or la législation malgache ne prévoit pas l'affectation disciplinaire des magistrats, qui constitue donc une sanction déguisée à laquelle il peut être recourue lorsque les motifs ne sont pas suffisants pour enclencher à l'égard du magistrat concerné une procédure disciplinaire en bonne et due forme. De nombreuses décisions de justice témoignent du fait que l'administration utilise fréquemment cette tactique pour couvrir sa volonté d'infliger une sanction à un agent, que cela porte ou non atteinte à l'intérêt professionnel de ce dernier¹⁰². Le Conseil d'État malgache a eu l'occasion de se prononcer sur ce point dans les affaires *Dr ANDRIAMAHAZO Louis Jacques c/État malagasy* du 17 juillet 2002¹⁰³, *RANAIVOSON Ernest c/État malagasy* du 20 octobre 1999¹⁰⁴ et

⁹⁸ Article 2.2 de la déclaration de Palerme

⁹⁹ La loi relative au CSM ne fait aucune distinction dans les régimes de nomination, d'affectation, de promotion ou de révocation des magistrats du siège et du parquet. Il s'applique aux magistrats, tout ordre confondu.

¹⁰⁰ L'on parle notamment d'intérêt du service dans le droit français de la fonction publique.

¹⁰¹ Dans l'affaire *Baka c/Hongrie* du 23 juin 2016, la CEDH avait souligné l'effet dissuasif qu'une sanction déguisée en affectation avait sur les autres juges et présidents de juridictions de participer, à l'avenir, aux réformes législatives portant sur les juridictions et sur les questions relatives à l'indépendance de la justice.

¹⁰² CE, fr, 18 décembre 1991, *Ministre du budget c/ M. Y*, req n° 96890 ; CE. fr, 20 janvier 1989, *Ministre de l' Education Nationale c/ Mme Dubouch*, req n° 77494.

¹⁰³ CE, 17 juillet 2002, *Dr ANDRIAMAHAZO Louis Jacques c/État malagasy*, req n° 60/99-ADM.

¹⁰⁴ CE, 20 octobre 1999, *RANAIVOSON Ernest c/État malagasy*, req n° 99/98-ADM et 233/98-ADM.

RAKOTONIRINA Régis c/État malagasy du 28 janvier 1998¹⁰⁵, dans lesquelles il a annulé des décisions d'affectation prises dans un but de répression disciplinaire et à ce titre considérées comme des excès de pouvoir. Dans l'affaire *ANDRIAMAHAZO Tody Johnson et RAKOTOARISON Nomenjanahary Charles Aimé c/État malagasy* du 7 août 2002¹⁰⁶, cette même juridiction annule des décisions d'affectations du personnel de l'administration judiciaire, prises sous couvert de la nécessité de service, après avoir constaté qu'au vu des besoins de la juridiction où exerçaient les requérants par rapport à ceux de la juridiction d'affectation, les décisions n'étaient pas prises dans le cadre de la nécessité de service – il s'agissait en réalité de manœuvres dont le seul but était d'éloigner des requérants ayant exercé leur droit syndical.

Ainsi, pour mettre la carrière des magistrats à l'abri des manipulations à des fins politiques, les critères de la nécessité de service devraient être précisés dans la loi. Bien que les juridictions apprécient cette notion au cas par cas, des principes communs peuvent être dégagés des décisions susmentionnées et inspirer le législateur. La jurisprudence francophone est très développée sur ce sujet. Certains arrêts identifient les motifs qui peuvent fonder une affectation dans l'intérêt du service à savoir : les graves dissensions ou mauvaises relations qui gênent le fonctionnement d'un service¹⁰⁷ ou même des dénonciations calomnieuses entre agents d'un même service¹⁰⁸. Les juridictions estiment également que le pouvoir discrétionnaire en matière d'affectation pour nécessité de service doit s'exercer dans le respect de la légalité et au vu des besoins effectifs, sous peine de constituer un excès de pouvoir¹⁰⁹. La charge de la preuve doit même être inversée, en faveur de l'agent, lorsqu'une décision d'affectation est motivée par l'intérêt du service¹¹⁰. Enfin, il y a lieu de citer les fameuses affaires *Baka c/Hongrie*¹¹¹ et *Broda et Bojara c/Pologne*¹¹², toutes deux portées devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour y constate, dans la cessation prématurée et sans motivation du mandat d'un magistrat, une violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable et à un tribunal indépendant¹¹³.

¹⁰⁵ CE, 28 janvier 1998, *RAKOTONIRINA Régis c/État malagasy*, req no 148/96-ADM.

¹⁰⁶ CE, 7 août 2002, *ANDRIAMAHAZO Tody Johnson et RAKOTOARISON Nomenjanahary Charles Aimé c/État malagasy*, req n^{os} 61/00-ADM et 62/00-ADM.

¹⁰⁷ CE, fr. 8 février 1995, *ministre de l'éducation nationale c/ Torreblanca* req n^o 152933 ; CE, fr. 10 octobre 1994, *ministère de l'intérieur c/ Thierry*, req n^o 116773.

¹⁰⁸ CE, fr. 4 avril 1990, *Roger*, req n^o 87 225.

¹⁰⁹ Cass, sn, 26 octobre 2005, *la SDIH c/Aa X*, req n^o 49 : Cass, ne, 21 février 2007, *Ibro Ayouba c/État du Niger*, req n^o 07-011.

¹¹⁰ Cass, ma. 4 juillet 2007, req n^o 1651/4/1/2004.

¹¹¹ CEDH, Gr. Ch., 23 juin 2016, *Baka c/Hongrie*, req n^o 20261/12.

¹¹² CEDH, 29 juin 2021, *Broda et Bojara c/Pologne*, req n^{os} 26691/18 et 27367/18.

¹¹³ A la suite de ces décisions, la CEDH a rappelé aux États « l'importance croissante que les instruments internationaux et ceux du Conseil de l'Europe ainsi que la jurisprudence des

D'autres textes vont d'ailleurs plus loin dans la protection des magistrats en prévoyant que si des changements doivent survenir dans les conditions légales du fonctionnement des services judiciaires, ils ne doivent pas s'appliquer aux magistrats en fonction au moment de l'adoption de la législation à moins qu'ils n'améliorent les conditions de service. En cas de réorganisation des juridictions, les magistrats qui siègent dans ces juridictions ne doivent pas être réaffectés, sauf vers une autre juridiction de statut similaire¹¹⁴.

Autant de sources qui doivent inspirer le législateur malgache soucieux de sécuriser le mandat des magistrats et leur indépendance. En effet, c'est dans sa carrière que le magistrat craint le plus les interventions. En tout état de cause, les instruments juridiques internationaux exigent de la transparence et l'application de critères objectifs dans la gestion de la carrière des magistrats. Il est donc nécessaire que cette mission appartienne à un organe indépendant et impartial¹¹⁵.

2. Une source de risques liée aux compétences du CSM en matière de discipline des magistrats

Au cours du renouvellement de la convention entre son ministère et le Mouvement éthique et déontologie de Madagascar (MEDEM), le ministre de la Justice a souligné que « *les magistrats ne peuvent garantir une justice équitable sans une protection du Ministère* » et que « *des mesures seront prises à l'encontre des magistrats ne voulant pas s'y conformer* »¹¹⁶. À travers ces propos, il a mis en exergue le fait que, non seulement, le système judiciaire malgache dépend du pouvoir exécutif, mais également qu'il est sous sa subordination hiérarchique. Force est de constater que si ce discours peut paraître injustement intrusif, il n'en traduit pas moins une réalité.

En effet, le pouvoir exécutif possède des pouvoirs considérables dans le processus disciplinaire à l'encontre d'un magistrat. Tout d'abord, si l'article 61 du statut de la magistrature dispose que « *le pouvoir disciplinaire à l'égard de tous les magistrats est exercé par le Conseil supérieur de la magistrature* », l'article 57 de la même ordonnance rappelle que l'initiative des poursuites disciplinaires appartient au ministre de la Justice sur avis des chefs de Cour. En

juridictions internationales et la pratique d'autres organes internationaux accordent au respect de l'équité procédurale dans les affaires concernant la révocation ou la destitution des juges, et notamment à l'intervention d'une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif pour toute décision touchant à la cessation du mandat d'un juge » dans une communiqué de presse n° 224 (2016) du 23.06.2016.

¹¹⁴ Article 20 des Normes minimales d'indépendance judiciaire.

¹¹⁵ Article 5.1 du statut universel du juge ; article 28 de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités.

¹¹⁶ Les Nouvelles, 12 octobre 2021, *Justice : les magistrats veulent protéger leur indépendance* par T. N. URL : <https://newsmada.com/?p=409629>, dernière consultation le 21 novembre 2021.

outre, avant le procès disciplinaire, le ministre a la faculté de suspendre un magistrat, en cas d'urgence¹¹⁷. Cette mesure se prend sur avis des chefs de Cours dont relève l'intéressé qui fait l'objet d'une enquête. Le ministre peut, par la même occasion, lui interdire l'exercice de certaines fonctions jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur l'action disciplinaire. La situation s'est d'ailleurs déjà présentée : une magistrate s'est vue suspendue et privée de rémunération durant sa candidature aux élections présidentielles, après avoir émis publiquement des propos jugés irrespectueux envers les valeurs malgaches¹¹⁸. Néanmoins, rien n'interdit au ministre de revenir sur sa décision et elle peut être contestée devant le Conseil d'État.

Enfin, le ministre de la Justice siège en tant que président de fait, en l'absence du président de la République, au sein du Conseil de discipline, tout en ayant été l'autorité poursuivante. L'on peut donc raisonnablement dire qu'il est juge et partie dans la procédure. Cela remet en cause non seulement son aptitude à être impartial, mais également l'impartialité du Conseil qui siège en matière disciplinaire¹¹⁹. Sa présence ne constitue donc pas une garantie permettant d'exclure tout doute légitime à l'égard des décisions que prendra le Conseil de discipline. En ayant saisi le Conseil, il avait déjà déterminé sa conviction personnelle quant à la nécessité de poursuivre le magistrat. Selon la jurisprudence de la CEDH, cette ambivalence suffit à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité objective et subjective d'un organe¹²⁰.

Pour pallier ce problème, il est important de rappeler que la saisine du Conseil est également ouverte à d'autres entités. En effet, en vertu de l'article 26 de la loi relative au CSM, le Conseil peut lui-même ordonner une enquête au vu d'une plainte déposée auprès de son secrétariat permanent. Ensuite, en vertu de l'article 107, dernier alinéa de la Constitution, « *Les membres du Gouvernement, le Parlement, le Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de droit, les chefs de cour ainsi que les associations légalement constituées peuvent saisir le CSM* ». Concernant cette dernière disposition, la loi est muette sur la

¹¹⁷ L'article 60 de l'ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 relative au statut de la magistrature dispose que « *le ministre de la Justice saisi d'une plainte ou informé des faits paraissant de nature à entraîner des poursuites disciplinaires contre un magistrat peut, s'il y a urgence et après avis des chefs de Cours dont relève l'intéressé, suspendre de ses fonctions le magistrat faisant l'objet d'une enquête ou lui interdire l'exercice de certaines fonctions jusqu'à décision définitive sur l'action disciplinaire* ».

¹¹⁸ La décision n° 56/2018 du 31 octobre 2018 du ministère de la Justice suspend madame F. E., magistrate substitut du procureur de la République d'Antananarivo, candidate à l'élection présidentielle de 2018.

¹¹⁹ A. IMBIKI, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, op. cit., p.237.

¹²⁰ CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/Belgique*, série A n° 53 et CEDH, 22 juin 1989, *Langborger c/Suède*, série A n° 155 sur les critères objectifs et subjectifs de l'impartialité, nécessaire à une indépendance statutaire.

question de savoir si ces derniers sont également des autorités de poursuite, c'est-à-dire si leurs plaintes doivent être adressées directement au conseil de discipline ou si elles doivent tout d'abord transmises au ministre de la Justice qui enclenchera la poursuite. Ce qui est certain, c'est qu'ils peuvent saisir le CSM pour tout ce qui relève de ses attributions notamment la sauvegarde de l'indépendance de la Justice et des magistrats à titre individuel, la gestion de carrière, le contrôle du respect des lois et des règles déontologiques par ces derniers et même pour les recommandations que le CSM serait amené à formuler en ce qui concerne les lois et règlements relatifs aux juridictions et aux magistrats¹²¹.

Quoi qu'il en soit, l'indépendance et l'impartialité du CSM sont des conditions *sine qua non* de celles de la Justice. La présence du Président de la République et du ministre de la Justice au Conseil est originellement due au témoignage de leur place dans l'organisation constitutionnelle malgache. Seulement, l'emprise que l'exécutif exerce sur le conseil conduit désormais à remettre en cause la composition de ce dernier¹²².

B. La nécessité de revoir la composition du CSM dans un sens favorable à l'indépendance institutionnelle de la Justice

La Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice¹²³ dispose que « *la participation du pouvoir exécutif ou législatif à la nomination ou promotion des magistrats est compatible avec l'indépendance de la magistrature, pourvu que ces nominations soient faites après consultation de la magistrature* »¹²⁴. La Recommandation CM/Rec (2010) 12 du Conseil de l'Europe ajoute que l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement et du parlement ; toutefois si ces deux dernières entités devaient prendre des décisions concernant la sélection et la carrière des magistrats, une autorité indépendante doit pouvoir émettre des propositions ou des avis que l'autorité de nomination doit suivre dans la pratique¹²⁵.

Ces dispositions sont particulièrement valables dans les pays où, en raison d'une longue tradition historique et démocratique, un tel système fonctionne de manière satisfaisante tant que ces pouvoirs ne soient pas l'apanage d'un seul acteur politique, en particulier l'exécutif. D'ailleurs, dans les systèmes romano-

¹²¹ Article 109 de la Constitution.

¹²² Article 15 et suivant de la loi sur le CSM.

¹²³ La Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice a été adoptée à Montréal, le 10 juin 1983 lors de la conférence mondiale sur l'indépendance de la justice.

¹²⁴ Article 2.14.b de la Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice.

¹²⁵ Chapitre VI de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités.

germaniques, un chef d'État chaperonne généralement le système juridictionnel et garantit son indépendance. À côté de lui, comme le dirait Christian Vigouroux, le garde des Sceaux est le gardien du temple¹²⁶.

Cependant, le contexte est évidemment différent s'agissant d'États – c'est le cas dans la plupart des pays africains – gouvernés par un pouvoir exécutif fort, dirigés par un chef d'État particulièrement puissant, dans le cadre de régimes semi-présidentiels. Pour Madagascar, cette prééminence de l'exécutif coïncide avec la conception d'État « *ray aman-dreny* » ou État-parent. En effet, la culture malgache veut que les dirigeants politiques soient littéralement appelés des parents. En tant que tels, il est admis qu'ils doivent avoir une certaine main mise sur toutes les institutions, dont la Justice¹²⁷. Or ainsi que cela a été démontré précédemment, une composition du CSM ménageant trop de marges de manœuvre à l'exécutif ne protège pas l'indépendance de la Justice malgache.

En ce qui concerne le mode de nomination des conseillers, essentiel pour garantir l'indépendance du Conseil¹²⁸, un effort remarquable a été effectué en 2014¹²⁹. Le législateur a révisé la composition du CSM en prévoyant une majorité de magistrats élus par leurs pairs, suivant des modalités qui garantissent la représentation la plus large de ces derniers. Cela renforce incontestablement l'indépendance du Conseil. Il est légitime que les représentants des magistrats soient majoritaires au Conseil, ceux-ci étant plus consciencieux en ce qui concerne les besoins de la Justice et sourcilleux face aux possibles atteintes à leurs pouvoirs¹³⁰. Aujourd'hui, le CSM malgache compte 21 membres, dont 4 membres de droit en comptant le président de la République, le garde des Sceaux, le Premier président de la Cour Suprême et le Procureur général près ladite Cour, 14

¹²⁶ C. VIGOUROUX, « Les sceaux ont-ils besoin d'être gardés ? », *Après-Demain*, vol.41, NF, n° 1, 2017, p. 25.

¹²⁷ C. RAHALISON RAMANANKASINA, « Régression du droit : récurrence et actualité de la menace », *Annales Droit nouvelle série*, Université d'Antananarivo, département droit, n° 6, 2016, p. 98.

¹²⁸ Article 23 de l'Avis sur l'indépendance de la Justice de la Commission nationale consultative des droits de l'homme prise durant l'Assemblée plénière du 27 juin 2013, NOR : CDHX1320084V.

¹²⁹ L'article 2 de l'ordonnance n° 2001-005 du 18 novembre 2001 portant loi organique relative au CSM (déjà abrogée) composait le CSM de 36 membres dont 19 membres de droit, comprenant de hauts Magistrats de la Chancellerie et Chefs de Cours suprême et d'Appel avec 02 membres désignés par le Ministre de la Justice soit 21 membres sur 36 étaient d'une manière constante, réputés favorables à l'exécutif, contre 15 Magistrats élus.

¹³⁰ Article 2-3 du statut universel du juge ; article 3.1 de la déclaration de Palerme ; article 27 de la Recommandation CM/Rec (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités ; Conseil de l'Europe, Charte européenne sur le statut des juges, *op. cit.*, exposé des motifs.

magistrats¹³¹ élus par leurs pairs, deux enseignants-chercheurs des universités et une personnalité choisie par les organisations de la société civile¹³². En effet, comme énoncé dans l'exposé des motifs de la loi organique de 2007 relative au CSM, « *la magistrature doit se départir du corporatisme, aussi néfaste pour sa respectabilité* ». L'on peut donc facilement envisager d'admettre la présence de personnalités extérieures, désignées par d'autres institutions. Cette ouverture est indispensable pour réduire les éventuelles velléités de corporatisme.

Toutefois, il reste que la présidence du Conseil devrait être confiée à une personnalité élue en son sein, qui aurait une voix prépondérante en cas de partage égal des voix. Enfin, les membres devraient se consacrer à cette activité de façon exclusive et rémunérée conformément aux prescriptions de la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son Avis sur l'indépendance de la Justice¹³³.

Au cours de la conférence nationale d'Ivato de 2010, destinée à préparer le référendum d'où est issue la Constitution actuellement en vigueur, les participants avaient déjà proposé que ces représentants du pouvoir politique n'intègrent plus le Conseil ; voire qu'il n'y ait plus de membres *ex officio* pour une redevabilité effective. Malgré cela, lors de l'élaboration du projet de texte, le Conseil des ministres de la Haute autorité de la transition les a réintégré¹³⁴. Dans le système judiciaire français, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le CSM assiste toujours le président de la République dans son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Cependant, chacune des deux formations – siège et parquet – est présidée désormais respectivement par le premier président de la Cour de cassation et par le procureur général, et le garde des Sceaux n'est plus le vice-président du Conseil. En effet, la doctrine a démontré que la présence du président de la République et du ministre de la Justice entraînait inévitablement la subordination du CSM à l'exécutif¹³⁵. Tant qu'ils siègent au Conseil, ce dernier ne peut devenir réellement indépendant, ne saurait défendre l'indépendance des magistrats et celle de la Justice ni même être impartial en apparence¹³⁶. Au même

¹³¹ L'article 2 de la loi organique n° 2007-039 du 14 janvier 2008 a été modifié par la Loi organique n° 2014-019 du 12 septembre 2014 afin d'assurer une représentation équitable de chaque degré de juridiction et d'être en accord avec la répartition des magistrats sur la grande île. La composition du CSM passe de sept à quatorze magistrats élus.

¹³² O. DE BAYNAST, « Le parquet européen menace ou facteur de progrès ? », *Les Cahiers de la Justice*, vol.3, n° 3, 2010, p. 77.

¹³³ Journal Officiel de la République Française, n°0176, 31 juillet 2013.

¹³⁴ A. IMBIKI, *Déontologie et responsabilité des magistrats à Madagascar*, op. cit., p. 153.

¹³⁵ E. GILDAS NONNOU « Le conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États francophones d'Afrique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2018, pp. 715-733.

¹³⁶ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/Autriche*, série A n° 84, §42 au sujet de l'impartialité subjective.

titre, on peut également remettre en cause la présence des chefs de juridictions en tant que membres du CSM. Il a été rapporté que lorsqu'une telle situation se présente, les magistrats de chaque juridiction concernée peuvent estimer que le chef de celle-ci se trouve alors en situation de pouvoir directement interférer dans leurs carrières par la notation et par l'affectation, et sont dès lors susceptibles de développer des comportements d'auto-subordination¹³⁷.

Conclusion

Au terme de cette analyse, il y a lieu de rappeler que la Justice est avant tout une institution. Or, les garanties de l'indépendance institutionnelle de la Justice malgache sont faibles. La sujétion de l'institution au pouvoir politique est à peine voilée. De plus, les mécanismes qui maintiennent cette sujétion sont efficaces et permettent de remettre en cause l'efficacité de la Justice en tant que garante de l'application du droit¹³⁸. Ainsi, si le législateur malgache doit procéder à des réformes, c'est la main tremblante qu'il devra redéfinir les rapports entre la Justice et le pouvoir politique. Sa mission est aussi périlleuse, car en fonction du niveau d'indépendance qu'il accordera à la Justice dans la législation, il se peut que cette dernière régule... ou régente¹³⁹.

¹³⁷ P. RAFOLISY, *Rapport ouvert du représentant de la Société Civile au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature (2017–2020)*, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁸ B. GARNOT, « Un couple inégalitaire ? Pouvoir politique et institution judiciaire de l'Ancien Régime à nos jours », in Michel Wieviorka éd., *Rendre (la) Justice*. Éditions Sciences Humaines, 2013, pp. 69-82.

¹³⁹ J. GILLET, « Leurs indépendances », *Les cahiers de la justice*, vol.2, n° 2, 2012, p.99.

Articles

DROIT CIVIL

La conciliation entre le droit de propriété et le droit au logement

Radji LORRAINE

Lauréate du Prix LexOI 2020

Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Résumé :

La valeur absolue du droit de propriété est mise à mal par la valeur relative mais sociale du droit au logement. Ainsi, dans leurs natures mêmes, ces droits se confrontent. Le droit de propriété est éprouvé par les textes législatifs nationaux, protecteurs du droit au logement, mais également par les textes européens, protecteurs de la vie familiale et privée. En conséquence, le droit de propriété est fragilisé aussi bien face aux locataires qu'aux occupants sans droit ni titre.

C'est pourquoi, il apparaît nécessaire de concilier droit de propriété et droit au logement. Il est en effet, important d'équilibrer ces deux droits afin d'éviter que l'un pâtisse de l'influence de l'autre. Une conciliation qui passe en premier lieu par un travail jurisprudentiel aussi bien national qu'europpéen mais aussi par les textes législatifs nationaux, qu'il convient de réformer selon nous.

Mots-clés :

Droit de propriété – Droit au logement – Droits fondamentaux – Contrôle de proportionnalité – Convention européenne des droits de l'homme – Bail d'habitation.

Abstract:

The absolute value of the right to property is undermined by the relative but definitively social value of the right to housing. In this respect, by their very nature, these rights are in conflict

with each other. The right to property is tested by national legislation, which protects the right to housing, but also by European legislation, which protects family and private life. As a result, the right to property is weakened before both tenants and landless squatters.

This is why it seems necessary to reconcile property rights with housing rights. It is indeed important to balance these two rights so that one does not suffer from the influence of the other. This is a conciliation that goes first and foremost through jurisprudential work, at both national and European levels, but also through national legislation that needs to be reformed in the opinion of this author.

Keywords:

Property rights – Right to housing – Fundamental rights – Proportionality review – European Convention on Human Rights – Protected tenancy.

« On peut dire du droit de propriété qu'il est un droit 'artichaut' : même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même ; sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît »¹.

Dans l'Ancien Droit français, le droit de propriété n'existe pas, d'ailleurs la coutume de Paris dans sa rédaction de 1580 n'utilise jamais le mot « propriété ». Il faut attendre la redécouverte du droit romain avec le Digeste de Justinien pour apercevoir les prémices du droit de propriété.

« *Diminium est jus utendi et abutendi re suâ, quatenus juris ratio patitur* »², c'est ainsi qu'est définie la propriété par le droit romain. Une définition proche de celle du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.* »³ La rédaction de l'article laisse penser qu'il y aurait des degrés d'absolu. Il n'en est rien : les rédacteurs du Code civil usent de l'hyperbole afin d'appuyer fermement le caractère illimité de ce droit. Pourtant, ces deux définitions sont contradictoires en ce qu'elles consacrent chacune « *un double absolutisme, celui du propriétaire et celui de l'État, deux absolutismes manifestement incompatibles* »⁴.

Le droit de propriété se doit d'être absolu, explique Proudhon, il s'agit de sa nature : il ne peut être restreint, conditionné, entravé ou limité. Si le droit de propriété est absolu, comment le législateur peut-il « *exprimer des réserves au nom de la raison du Droit, qui n'est autre évidemment que la raison d'État, organe et interprète du Droit ?* »⁵. Le Code civil fait précisément état de telles restrictions : un droit de propriété absolu tant qu'il n'en est pas fait un usage prohibé par les lois et les règlements. Or, le législateur édicte des lois en permanence, desquelles peuvent toujours résulter des atteintes au droit de propriété. Ce type de contradiction se retrouve à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Un droit absolu proclamé mais finalement conditionné.

¹ F. LUCHAIRE, « La Constitution et la propriété », *Droit constitutionnel et droits de l'homme, Economica-PUAM*, 1987, p. 139 et s.

² Le domaine est le droit d'user et d'abuser de sa chose, autant que la raison du Droit le souffre.

³ Art. 544 du Code Civil.

⁴ P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, A. Lacroix, Verboeckhover et Cie., 1866, pp. 67-75.

⁵ *Idem*.

En tant que droit réel, le droit de propriété permet au propriétaire d'être titulaire de différents pouvoirs sur le bien possédé : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'*usus* est le droit d'utiliser la chose. Le *fructus* est le droit de percevoir les revenus de la chose, de les conserver, de les consommer. Enfin, l'*abusus* est le droit de disposer de la chose : le propriétaire peut réaliser l'ensemble des actes matériels ou juridiques se rapportant à cette chose (vendre, donner, voire détruire). Aussi, le droit de propriété s'avère, surtout, être la possibilité d'exclure autrui. Toute propriété est nécessairement synonyme d'exclusion. D'ailleurs, à la question de savoir ce qu'est la propriété, Proudhon déclare abruptement que « *la propriété ? C'est le vol !* »⁶. Une réponse qu'aurait approuvé Jean Jacques Rousseau puisqu'il avait tantôt affirmé que : « *Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile [...]. Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne* »⁷. L'appropriation d'un bien entraîne nécessairement la soustraction de ce bien à l'autre. Pour autant, la propriété est indissociable de la liberté, elle est le fondement du pacte social, si cher à Rousseau. En matière immobilière, cet exclusivisme se traduit notamment par la possibilité d'interdire aux tiers de pénétrer chez le propriétaire, permettant ainsi une certaine sécurité. De même, en cas d'empiètement sur son terrain, le propriétaire est en droit d'obtenir du juge la démolition de l'ouvrage invasif. Enfin, le droit de propriété est un droit perpétuel, qui ne s'éteint pas au décès du propriétaire mais qui se transmet aux héritiers. Le droit de propriété existe tant que le bien demeure.

Joseph Comby affirmait que la « *législation française est malade de ses tabous* »⁸. En l'occurrence, celle-ci évoque dans un premier temps l'absoluité, la sacralité et l'inviolabilité du droit de propriété. Mais cette position est intenable, bien trop éloignée de la réalité. Alors, elle accumule les exceptions, les limitations et les contraintes au libre exercice du droit de propriété, afin de faire respecter d'autres légitimités. Ainsi, le droit de propriété connaît de nombreuses limites telles que l'expropriation, les troubles anormaux du voisinage, les nationalisations, les servitudes, etc. Mais les plus grandes limites à ce droit dit « *absolu* » sont à l'heure actuelle les autres droits et libertés fondamentaux, qui entrent nécessairement en conflit avec lui. Ils sont définis comme l'ensemble des droits subjectifs primordiaux de l'individu, assurés dans un État de droit et une démocratie. La doctrine évoque souvent des « *générations* » de droits du fait d'une certaine progression linéaire des droits et libertés fondamentaux. Il y a tout d'abord la première génération contentant les droits dits « *civils et politiques* » : la liberté (d'aller et venir, de religion...), l'égalité, la sûreté individuelle et la propriété. Vient ensuite la seconde génération renfermant des droits dits

⁶ *Idem*.

⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

⁸ J. COMBY, *Un droit inviolable et sacré*, ADEF, 1990.

« économiques et sociaux » tels que : le droit au travail, le droit d’asile, le droit de grève. Enfin la troisième génération concentre les « droits de solidarités » tel que le droit de l’environnement. Ces différents droits sont consacrés au niveau national certes, mais aussi au niveau international et notamment européen.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales (CESDH) est sûrement le texte européen le plus important. Son contenu ne se démarque pas sensiblement de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ou de la Déclaration universelle des droits de l’homme, quant aux droits consacrés. Une différence réside toutefois dans son mode de sanction : le respect de la CESDH est, en effet, contrôlé par la Cour européenne des Droits de l’homme (CEDH). La Cour peut être saisie par une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers qui se prétend victime d’une violation des droits reconnus dans la Convention, par l’un des États parties. L’État peut ainsi être sanctionné par la Cour. Ces droits fondamentaux ont été proclamés à différentes époques, en fonction des évolutions de la société. Souvent, ces droits s’opposent et ont tendance à se confronter, du fait de leur contradiction, par exemple le droit de grève et le principe de continuité des services publics. La CEDH invite alors les juges à mettre en balance les droits antagonistes afin de garantir un juste équilibre et d’offrir la solution la plus protectrice de l’intérêt le plus légitime.

Le droit au logement est un droit universel, inscrit pour la première fois au niveau international dans la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948. Le droit au logement est un droit fondamental, reconnu comme un droit social et économique. Il occupe aujourd’hui une place centrale dans une société de plus en plus urbaine, en ce qu’il est nécessaire à l’homme. La définition du droit au logement n’est pas aisée car ce droit ne se limite pas à quatre murs et un toit au-dessus de sa tête. Jean-François Tribillon en propose la définition suivante : « *le droit d’accéder à un logement décent, convenablement situé, suffisamment desservi par des équipements publics et privés* »⁹. Au niveau national, le Conseil constitutionnel a consacré un « objectif de valeur constitutionnelle » relatif au logement décent¹⁰. Aussi, le droit au logement a une certaine portée juridique : il oblige l’État à mettre en œuvre les moyens nécessaires à sa garantie. À l’échelle internationale, un droit au domicile est reconnu sur la base de l’article 8 de la CESDH.

Ce droit au logement, protégé à la fois par la législation nationale et européenne entre directement en conflit avec le droit de propriété. En effet, c’est

⁹ J-F. TRIBILLON, *Le droit à la ville (2003) ; Le droit au logement (2003)*, cité in AITEC, « Le droit au logement, Pourquoi ce droit qui a l’air si simple dans son affirmation est en fait si compliqué à définir ? », 2007 – URL : <http://base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-7301.html>

¹⁰ C.C, décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l’habitat*.

au nom du droit au logement que de nombreuses limites sont posées au droit de propriété, d'où une remise en cause du caractère absolu du droit de propriété, pourtant un droit fondamental. Hélène Pauliat explique à ce propos qu'il faut « *ouvrir vraiment le débat sur la hiérarchie des droits. Il faut se comprendre : la hiérarchie sera sociale ou ne sera pas. Les droits ne primeront pas les uns sur les autres, sur le fondement prétendu ou avancé d'une hiérarchie formelle. Ils primeront par leur utilité sociale, voire leur nécessité sociale, à un moment donné. La valeur du droit se mesurera, en plus, parfois, à l'aune de la liberté, plus souvent peut-être et malheureusement au regard de ses capacités économiques et sociales. La valeur absolue des droits est en train d'évoluer très vite, au bénéfice d'une valeur beaucoup plus relative* »¹¹. La valeur absolue du droit de propriété est donc mise à mal par la valeur relative mais sociale du droit au logement. Ainsi, dans leurs natures mêmes, ces droits se confrontent. Aussi, il est très vite apparu nécessaire de concilier droit de propriété et droit au logement, pour ne pas que l'un pâtisse de l'influence de l'autre. Portalis affirmait que « *la vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. [...] On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté : pourvu qu'il ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »¹². Ainsi, le droit de propriété est limité pour ne pas nuire à autrui, il est limité pour l'intérêt général qui s'attache au droit au logement. En conséquence, un véritable arsenal législatif est apparu dans le paysage français depuis une cinquantaine d'années pour tenter de créer un équilibre entre droit de propriété et droit au logement. Cette conciliation passe notamment par une législation stricte encadrant les relations des bailleurs et des locataires. En effet, le législateur restreint la liberté contractuelle dans le cadre du contrat de bail afin de protéger le locataire. Les lois en question prônent l'équilibre des deux droits en présence, même si la balance est bien plus favorable au locataire. De même, des lois viennent restreindre le droit absolu qu'est le droit de propriété, en encadrant les hypothèses de vacance du logement ou en permettant la réquisition. Ainsi, nombreuses sont les dispositions législatives portant une véritable atteinte au droit de propriété. En tentant de (sur)protéger le locataire, le législateur n'a cessé d'effeuiller le droit de propriété au point que celui-ci s'en trouve aujourd'hui menacé.

¹¹ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *Dalloz*, 1995, p. 283.

¹² J.-E.-M. PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, pp. 111 et s.

Si cette conciliation est difficile pour le législateur, elle l'est d'autant plus pour le juge qui peine à établir un équilibre entre droit de propriété et droit au logement. Le juge a pourtant une place essentielle dans cette conciliation, notamment lorsqu'il s'agit des occupants sans droit ni titre. En effet, il revient au pouvoir judiciaire de décider concrètement quel intérêt protéger entre celui du propriétaire et celui de l'occupant. Le juge n'est ainsi plus seulement la bouche de la loi, il devient le législateur « *des cas particuliers* »¹³ grâce au contrôle de proportionnalité que lui impose la CEDH.

Dans quelle mesure le droit au logement peut-il entraîner une dénaturation du droit de propriété ?

La conciliation du droit de propriété et du droit au logement passe tout d'abord par une véritable quête d'équilibre entre ces deux droits (I). Un équilibre recherché tant au niveau législatif que judiciaire. Pourtant, au fil des années, ce fragile équilibre ne cesse de s'effriter tant les pouvoirs publics souhaitent protéger le droit au logement et notamment le locataire, partie faible au contrat. En ce qui concerne l'occupant sans droit ni titre, il revient au pouvoir judiciaire de mettre en balance les intérêts en présence et d'offrir la solution la plus juste au regard de l'intérêt le plus légitime. Cependant, en souhaitant protéger à tout prix le droit de propriété, le juge ne parvient pas à effectuer cette mise en balance et rompt l'équilibre en s'opposant frontalement à la CEDH et au Conseil constitutionnel. La quête d'équilibre entre droit de propriété et droit au logement est un chemin semé d'embûches dont la quête s'avère vaine. Si le droit de propriété prime toujours face aux occupants sans droit ni titre, il est mis à mal face au locataire. Le droit de propriété est menacé par les atteintes dont il fait l'objet. Le droit de propriété n'est plus absolu et il ne cesse d'être dénaturé. Face à cela, il est nécessaire de trouver des solutions pour tenter de sauvegarder ce droit (II).

I. La quête d'un équilibre entre droit de propriété et droit au logement

Que signifie l'« *équilibre* » ? La loi n'en dit mot. Le mot équilibre vient des mots latins « *aequilibrium* » / « *aequus* » (signifiant égal) et « *libra* » (signifiant balance), d'après le dictionnaire Larousse qui le définit comme : « *la juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, d'où résulte un état de stabilité, d'harmonie* ». Finalement, le mot équilibre représente parfaitement la balance, emblème du droit. Dans cette balance, peuvent être placés le droit de propriété et le droit au logement qui ont des significations

¹³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 11.

antagonistes. Pour parvenir à un état de stabilité et d'harmonie, l'intervention du pouvoir judiciaire est indispensable. Ces deux droits s'opposent puisqu'ils sont naturellement contradictoires : la protection de l'un affaiblit nécessairement l'autre (A). Comment protéger le propriétaire sans affaiblir le locataire ? Comment protéger le locataire sans atténuer l'absoluité du droit de propriété ? Le pouvoir judiciaire doit ainsi effectuer une mise en balance des intérêts en présence afin d'offrir la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Pour autant, cette quête d'équilibre ne peut être la seule affaire du pouvoir judiciaire. En effet, le juge n'étant que « *la bouche de la loi* »¹⁴, le législateur se trouve tout aussi concerné par cette quête. La rencontre de ces deux droits lors de la contractualisation nécessite une intervention législative, protectrice des intérêts en présence. Ce souci d'équilibre est évident dans le bail d'habitation, l'objectif du législateur étant d'instaurer un régime équilibré entre les intérêts du bailleur et ceux du locataire (B).

A. L'opposition entre droit de propriété et droit au logement

Un véritable bras de fer se déroule depuis quelques années entre le droit au logement et le droit de propriété. Lorsque le juge répond favorablement au propriétaire, le locataire se sent lésé ; lorsque le législateur protège le locataire, il fragilise le propriétaire. Cette opposition entre le droit de propriété et le droit au logement réside tout d'abord dans la nature même des deux droits, l'un est un droit-liberté, l'autre un droit-créance (1). La confrontation entre le droit de propriété et le droit au logement ne déroge pas à la règle du contrôle de proportionnalité, imposée par la Cour européenne des Droits de l'Homme (2). Pourtant, ce contrôle est complètement écarté par la Cour de cassation lorsqu'il est question de l'expulsion d'un occupant sans droit ni titre (3).

1. L'articulation entre le droit-liberté et le droit-créance

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, inclus depuis 1971 dans le bloc de constitutionnalité, illustre nettement cette opposition entre droit-liberté et droit-créance. Le texte commence par réaffirmer « *solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » puis « *proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après [...]* ». Cette locution adverbiale « *en outre* » crée cette opposition entre les droits-libertés et les droits-créances, en les séparant en deux blocs distincts. Les droits-libertés sont reconnus dès 1789 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) ; ces droits reposent sur une logique de défense des libertés

¹⁴ MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, 1748.

individuelles. Les droits-libertés sont communément surnommés les droits « de » : le droit d'être libre, le droit d'être égaux, le droit d'être propriétaire. Les droits-libertés sont inhérents à l'homme ; ainsi l'État n'a pas, en principe, à intervenir si ce n'est pour en faciliter l'exercice. Le droit de propriété est proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à l'article 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». En 1804, Napoléon poursuit le travail entrepris par les révolutionnaires et offre une place de choix au droit de propriété au sein de son Code civil, l'article 544 dispose que : « *Le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Pour les révolutionnaires, la première des libertés est la propriété. L'affirmation de l'absoluité du droit de propriété traduit l'intention, toujours affichée aujourd'hui, de lui offrir une protection des plus sérieuses. Le droit de propriété étant défini comme illimité, le propriétaire peut en théorie faire ce qu'il souhaite de son bien.

Si les droits-libertés sont opposables à l'État, les droits-créances sont quant à eux exigibles de l'État.

Le préambule de la Constitution de 1946 constitue le texte symbole de ces droits-créances reposant sur une logique d'intervention étatique. Au milieu du XX^{ème} siècle, les citoyens aspirent à des droits complémentaires de ceux qui leur sont inhérents et acquis depuis plus de 150 ans. La liberté tant désirée en 1789 n'a plus le même sens en 1946 : la liberté d'aller et venir, de s'exprimer ou d'avoir une opinion ne suffit plus. Le préambule proclame ainsi les droits à l'éducation, le droit de grève, le droit à la santé, le droit au travail, etc. La société a évolué, et avec elle, les mentalités, les mœurs et les valeurs. René Capitant souligne parfaitement cela lorsqu'il explique que : « *la liberté a besoin, pour être effective, que l'État organise ces grands services publics [...] qui sont le moyen pour l'État de remplir les obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté véritable* »¹⁵. Il fallait ainsi « *compléter la déclaration des droits politiques par une déclaration des droits sociaux, proclamer le droit des producteurs, des consommateurs [...] à une participation effective à tous les aspects de la vie* »¹⁶. Georges Gurvitch résume ainsi parfaitement l'intention des rédacteurs du préambule de la Constitution de 1946 : « *compléter la DDHC avec les droits-créances* ».

¹⁵ R. CAPITANT, discours du 8 mars 1946 à l'Assemblée nationale, *JO Débats*, p. 645.

¹⁶ G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, 1946.

Si en 1946, le préambule de la Constitution ne proclame pas explicitement le droit au logement, on peut en voir les prémices en ses alinéas 10 et 11 : « 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. 11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la France connaît une véritable crise du logement : l'offre est insuffisante face à la demande exponentielle, les locataires connaissent une réelle instabilité. C'est dans ce contexte de crise qu'est adoptée la loi du 1^{er} septembre 1948¹⁷. Bien que son champ d'application soit limité aux logements construits avant le 1^{er} septembre 1948, cette loi assure une protection effective des locataires en leur donnant un droit illimité au maintien dans les lieux, accompagné d'un gel du loyer. Ce n'est qu'en 1982 que le législateur consacre enfin « le droit à l'habitat » dans la loi Quillot qui sera la première à réglementer les rapports locatifs dans le cadre d'un bail d'habitation¹⁸. Son article 1er l'affirme : « le droit à l'habitat est un droit fondamental ». La loi dite « Méhaignerie » du 23 décembre 1986 poursuit quant à elle l'objectif de favoriser l'investissement locatif : elle introduit le droit de disposer d'un local d'habitation conforme à la dignité humaine¹⁹. Peu après, la loi « Mermaz » de 1989 est adoptée : elle constitue la législation actuellement en vigueur pour la réglementation des baux d'habitations²⁰. Son article 1^{er} dispose que « Le droit au logement est un droit fondamental ». Parce qu'il est un droit fondamental, il mérite d'être protégé. C'est pourquoi cette loi a mis en place un régime réellement protecteur du locataire.

La loi dite « Besson » du 31 mai 1990 proclame en son article 1^{er} que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, [...] pour accéder à un logement décent et indépendant [...] »²¹. La notion de droit-créance se retrouve ainsi dans

¹⁷ Loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants des locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, J.O., 2 sept. 1948, p. 8649.

¹⁸ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs.

¹⁹ Loi n° 86-1290 du 23 Décembre 1986 tendant à améliorer l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux, le développement de l'offre foncière, J.O., 24 déc. 1986.

²⁰ Loi n° 89- 462 du 6 Juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 89- 1290 du 23 décembre 1986, J.O., 8 juill. 1989.

²¹ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, J.O. du 2 juin 1990, p. 6551.

cet article : c'est un droit que doit l'État au peuple ; l'État est créancier du droit au logement. En effet, le logement occupe désormais une place essentielle dans la vie de l'homme, il lui est indispensable. Il est ainsi essentiel de protéger le droit au logement pour toutes les personnes qui ne peuvent accéder à la propriété. Jean-François Tribillon définit le droit au logement comme le « *droit d'accéder à un logement décent, convenablement situé, suffisamment desservi par des équipements publics et privés* »²². Ainsi, le droit au logement ne se limite pas à quatre murs et un toit, cela ne suffit pas à constituer « *un logement respectant la dignité humaine* ». Le logement doit être décent d'après la loi Besson. Un logement décent est d'une part celui qui ne comporte pas de risque pour la santé du locataire et d'autre part celui dans lequel l'occupant y trouve un minimum de confort. Le Conseil Constitutionnel reconnaît le 19 janvier 1995 la possibilité d'accéder à un logement décent comme étant un objectif à valeur constitutionnelle.²³ Les objectifs à valeurs constitutionnelles font partie du bloc de constitutionnalité au même titre que la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces objectifs ont ainsi été dégagés sur la base de dispositions du bloc de constitutionnalité et permettent de justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental²⁴. Le Professeur Luchaire explique que « *le Conseil Constitutionnel n'a jamais utilisé un objectif de valeur constitutionnelle pour censurer une disposition législative. Il a au contraire justifié des dérogations à des principes constitutionnels* »²⁵.

La notion « d'objectif » permet, une nouvelle fois, de se rapprocher du droit-créance : il revient à l'État de parvenir à cet objectif relatif au logement décent. En conséquence de cette décision de 1995, le Gouvernement a proposé au Parlement la création d'un dispositif de prévention des expulsions en cas d'impayés de loyers, d'où la loi du 29 juillet 1998²⁶. Celle-ci facilite l'accès au logement, modifie l'attribution des logements sociaux, permet une prévention des expulsions et tend à améliorer les conditions de vie dans l'habitat. Ces différentes lois ont conduit à protéger de plus en plus le droit au logement.

²² J-F. TRIBILLON, *Le droit à la ville (2003), Le droit au logement (2003)*, cité in AITEC, « Le droit au logement, Pourquoi ce droit qui a l'air si simple dans son affirmation est en fait si compliqué à définir ? », 2007, DPH <http://base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-7301.html>

²³ C.C., décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.

²⁴ V. TCHEN, Synthèse « Contentieux constitutionnels », *Jurisclasseur*, 13 mai 2019.

²⁵ F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, pp. 675-684.

²⁶ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *J.O.* du 31 juillet 1998, p. 11679.

Malgré tout, de nombreux doutes ont persisté quant à son effectivité. En effet, le Conseil d'État s'est montré peu favorable à cette consécration constitutionnelle : dans une ordonnance *Association de réinsertion sociale du Limousin*²⁷, il refuse catégoriquement de qualifier le droit au logement de droit fondamental au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Cette décision soulignait l'impossibilité pour les justiciables d'invoquer le droit au logement²⁸. Le caractère d'opposabilité manquait au droit au logement.

C'est dans ce contexte qu'intervient la loi du 5 mars 2007, visant à conférer au droit au logement un caractère opposable (loi dite « DALO »)²⁹. La loi réaffirme tout d'abord le droit à un logement décent ; elle souligne que l'État se porte garant du droit au logement et ouvre deux types de recours au profit des personnes mal-logées ou sans logement : l'un, amiable, devant une commission de médiation, puis si nécessaire un recours contentieux devant le tribunal administratif. En pratique, cette procédure définie à l'article L.441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation s'avère terriblement longue pour quiconque se trouve en attente d'un logement décent. Il faut tout d'abord saisir la commission de médiation, qui a entre trois et six mois pour statuer sur le caractère prioritaire ou non de la demande. Dans l'hypothèse où la commission fait droit à la demande, le préfet doit reloger la personne dans un délai de trois à six mois. Une fois ce délai passé, le recours contentieux est ouvert, le tribunal administratif doit être saisi dans un délai de quatre mois. Toutefois, ce recours ne peut donner lieu à l'octroi d'indemnités, le tribunal peut simplement ordonner le logement ou le relogement de la personne à l'État et assortir l'injonction d'une astreinte.

Selon, le Professeur Nicolas Bernard, il était inévitable « *qu'un dispositif aussi ambitieux — et hybride ! — que le droit au logement opposable (DALO) en vigueur depuis de nombreuses années en France prenne un jour le chemin de Strasbourg, pour s'y voir confronté aux divers droits fondamentaux qu'il ne manque pas d'éprouver* »³⁰. L'inévitable se produit ainsi en 2015 avec un arrêt *Tchokontio Happi c./ France*³¹. Il était ici question d'une requérante vivant avec

²⁷ CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin* (affaire n°245697), Rec. p. 168 : « *Si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la 'possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent', il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel* ».

²⁸ J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *A.J.D.A.*, 2012, p. 653.

²⁹ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, J.O. du 6 mars 2007, p. 4190.

³⁰ N. BERNARD, « Le DALO, un droit au logement vraiment 'opposable' ? Commentaire de l'arrêt *Tchokontio Happi* de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2016, pp. 713-731.

³¹ CEDH, *Tchokontio Happi c./ France*, 9 avril 2015 (affaire n° 65829/12).

ses enfants en région parisienne dans un logement insalubre. Elle est reconnue prioritaire par la commission de médiation en février 2010 afin d'avoir un nouveau logement. Toutefois, le délai imparti au préfet s'écoule sans qu'elle ne soit relogée. Elle saisit alors le tribunal administratif de Paris qui, par décision du 28 décembre 2010, ordonne au préfet de la région d'Ile-de-France d'assurer son relogement et ce, sous astreinte de 700 euros par mois de retard. Le jugement n'est toujours pas exécuté par le préfet, en conséquence le juge administratif procède en 2012 à la liquidation provisoire de l'astreinte et condamne l'État à verser la somme de 8.400 euros au fonds d'aménagement urbain de la région d'Ile-de-France. Pour autant, elle n'est toujours pas relogée : raison pour laquelle elle saisit la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour considère que la France a violé l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable : *« en s'abstenant, pendant plusieurs années, de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à une décision judiciaire définitive et exécutoire, les autorités nationales ont privé les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile »*.

Pour les juges de Strasbourg, l'astreinte et le versement à un fonds public ne sont pas suffisants pour garantir l'exécution d'une décision de justice. La France s'est toutefois défendue en arguant *« une situation de pénurie marquée par une disproportion manifeste entre le nombre de logements disponibles et le nombre de ménages reconnus comme prioritaires »*. Les faits de l'espèce mettent en avant la difficulté à respecter l'opposabilité du droit au logement dans certains lieux du territoire français. La pénurie de logements, cependant, ne peut justifier que l'État n'exécute pas une décision de justice. En effet, cet arrêt met en exergue un certain manque d'efficacité de la loi DALO, comme le souligne Yves Struillou : *« ce n'est qu'un droit à une procédure et un droit à un accès prioritaire au logement sans que soit garanti in fine pour le demandeur un droit subjectif à l'attribution effective d'un logement »*³². La loi dite « ALUR » du 24 mars 2014 apporte ainsi des modifications au dispositif de la loi DALO : elle élargit les prérogatives de la commission de médiation, les possibilités d'orientation du préfet et améliore la prévention des expulsions locatives³³. Enfin, la loi dite « ELAN » de 2018 a pour ambition la construction de plus de logements et la simplification des normes existantes.

En 73 ans, nombreuses sont les lois qui se sont succédé afin de protéger le droit au logement. Ce droit-créance qui pèse sur l'État a eu des conséquences pour le bailleur. En effet, le pouvoir a dû imposer des normes aux bailleurs afin de répondre à l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la possibilité d'accéder

³² Y. STRUILLLOU, « Le contentieux du droit au logement opposable », *R.F.D.A.*, 2010, p. 157.

³³ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO* n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809.

à un logement décent. Par exemple, le bailleur « *est tenu de remettre au locataire un logement décent* »³⁴, à défaut de quoi il s'expose à de sévères sanctions (effectuer les travaux nécessaires, baisse du loyer et dommages et intérêts). L'ensemble de normes protectrices du locataire a eu pour effet de porter de plus en plus atteinte au droit de propriété. Le pouvoir judiciaire a lui aussi joué un rôle dans cette protection d'un droit au logement amenuisant le droit de propriété, comme l'arrêt *Winterstein* rendu en 2013 par la CEDH l'a dernièrement mis en exergue.

2. L'obligation européenne du contrôle de proportionnalité

Cet équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement, recherché au niveau national, est sollicité à l'échelle européenne. En effet, le droit de propriété est protégé au niveau européen, notamment par la CESDH, dont le Protocole 1^{er} dispose en son article 1^{er} que : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* » Cet article protège les personnes contre les ingérences arbitraires d'un État vis-à-vis de leurs biens. La CEDH veille à ce que toute ingérence soit justifiée par un intérêt légitime.

L'article 55 de notre Constitution dispose que : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». En conséquence, la CESDH dispose d'une valeur supra-législative et doit être appliquée par les juridictions françaises. La CESDH a notamment instauré la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour garantir les droits et libertés fondamentaux qu'elle consacre, cette juridiction pouvant être saisie par toute personne ou État partie qui entend contester une violation des droits reconnus dans la Convention par un État partie. La Cour, qui ne manque jamais de rappeler sa mission de « *protéger des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs* »³⁵, invite en conséquence les juridictions nationales à opérer un contrôle de proportionnalité : « *c'est la Cour européenne des droits de l'Homme qui a directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation* »³⁶. En effet, la Cour de cassation a dû « *s'approprier un contrôle de type européen pour inclure dans la*

³⁴ Article 6 de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

³⁵ CEDH, *Loizidou c./ Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil, 1996-VI, § 72, p. 27 ; J. CALLEWEART, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 93-108.

³⁶ C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne – Entretien avec Pascal Chauvin, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 6 décembre 2016, n°43.

technique de cassation toutes les données de ce contrôle »³⁷. Ce contrôle de proportionnalité consiste à vérifier que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Il s'agit ainsi d'opérer une mise en balance des intérêts en présence. Une mesure restreignant des droits et libertés fondamentaux doit donc être à la fois appropriée (en ce qu'elle doit permettre la réalisation de l'objectif légitime poursuivi), nécessaire et proportionnée. Ce contrôle doit être exercé par les juridictions du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, elle-même contrôlée par la CEDH. Les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg ont désormais une autorité croissante, permettant une protection efficace des droits fondamentaux.

« *Là où le juge français était habitué à user de l'aphorisme 'la loi, toute la loi, rien que la loi', la CEDH répond : oui, à condition que le résultat soit équitable, c'est-à-dire que l'application de la loi soit adaptée aux circonstances de l'espèce, nécessaire en raison de ces circonstances, et proportionnée à ces circonstances* »³⁸. Le contrôle de proportionnalité bouleverse le traditionnel légicentrisme français, en ce qu'il offre un réel pouvoir au juge qui ne peut plus se contenter du classique syllogisme juridique. En effet, il doit parfois s'affranchir de la loi qui pourrait porter une atteinte disproportionnée à un droit garanti par la CEDH. Seuls les droits relatifs peuvent faire l'objet d'un tel contrôle : les droits absolus « *ne laissent place à aucune proportionnalité [...] le juge se limite à rechercher l'existence ou non d'une atteinte* »³⁹. Il existe deux méthodes de contrôle de proportionnalité : *in abstracto* ou *in concreto*. La méthode *in abstracto* consiste à ne pas prendre en considération les faits de l'espèce, il s'agit de contrôler uniquement la règle en cause. *A contrario*, dans la méthode *in concreto*, les juges prennent en compte les faits de l'espèce et s'assurent que l'application de la règle de droit n'entraîne pas une ingérence manifestement disproportionnée dans les droits de l'individu. Lorsque les faits l'exigent, les juges du fond et la Cour de cassation devront nécessairement effectuer ce contrôle s'ils ne veulent pas être sanctionnés par la CEDH : « *La question de savoir si le juge français doit ou non procéder au contrôle de proportionnalité ne se pose pas véritablement : il le doit tout simplement car la Cour européenne des droits de l'homme le fait et l'y invite, sous peine de condamnation de la France* »⁴⁰.

³⁷ H. BÉRANGER, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter à ses modes de contrôle – entretien avec Bertrand Louvel Premier président de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2015, p. 1907.

³⁸ B. LOUVEL, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^{ème} siècle » (discours prononcé en mars 2015), *Les Cahiers Portalis*, 2016/1 (n° 3), p. 11.

³⁹ SDER, Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. Potocki, juge à la Cour EDH, https://www.courdecassation.fr/IMG/5_SDER_compte_rendu_Potocki_1115.pdf

⁴⁰ V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Dalloz*, 2017, p. 124.

La motivation succincte des décisions des juges nationaux a nécessairement dû évoluer afin de répondre aux exigences de la CEDH. « *Le contrôle de proportionnalité implique, à la manière de la Cour EDH, d'employer une motivation plus circonstanciée et, quoiqu'on en pense sur le plan qualitatif, se voulant plus 'persuasive'* »⁴¹. Cette motivation s'effectue en effet suivant trois étapes : « *l'adéquation du moyen, de sa nécessité et de la proportionnalité stricto sensu donc de la pesée des intérêts en présence, ou balance des intérêts* »⁴². Dès lors que des droits garantis par la CEDH sont en cause, le contrôle de proportionnalité s'impose. À cette fin, le juge est devenu un arbitre de l'équilibre entre les droits et libertés invoqués par les parties.

Quid du droit européen sur la question du droit au logement ? L'article 8 de la CEDH dispose que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Jusqu'en 2013, les juges nationaux considéraient que l'atteinte au droit de propriété suffisait à constituer le trouble manifestement illicite et permettait ainsi au juge des référés de le faire cesser, sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile. Par conséquent, les juges ne procédaient pas à un contrôle de proportionnalité sur ce point, comme le démontre l'arrêt du 20 janvier 2010⁴³ de la Cour de cassation. En l'espèce, la société HLM France habitation a assigné en expulsion, pour occupation sans droit ni titre, des couples qui s'étaient installés avec leurs enfants sous des tentes dressées sur l'aire de jeux de l'ensemble immobilier. Pour rejeter la demande et renvoyer les parties à se pourvoir au principal, la Cour d'appel retient que les défendeurs sont dans une situation précaire et indigne, que « *le seul constat de la méconnaissance du droit d'autrui n'établit pas le trouble manifestement illicite obligeant le juge des référés à ordonner des mesures pour y mettre fin* », que la société HLM ne prouve pas une atteinte à la sécurité des personnes et des biens et que les « *occupants établissent que leur démarche, avait pour unique but d'atteindre l'objectif reconnu de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent* ». La Cour d'appel juge alors qu'il y a lieu de renvoyer la société d'HLM

⁴¹ J. LAURENT, « Propriété versus droit au respect du domicile de l'occupant illégal à l'heure du contrôle de proportionnalité – Tout changer pour que rien ne change », *JCP G*, 2018, n° 28.

⁴² E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G.*, 2016, p. 24.

⁴³ Civ. 3ème, 20 janvier 2010, n° 08-16088, *Bull. Civ.*, 2010 III n°19.

à se pourvoir devant le juge du fond seul compétent pour opérer un contrôle de proportionnalité entre les droits respectifs en cause. Toutefois, la Cour de cassation casse cet arrêt, considérant que l'occupation sans titre suffisait à constituer un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du code de procédure civile. Ainsi, le contrôle de proportionnalité est refusé par la Cour de cassation. Ce faisant, les juges de la Haute font primer le droit de propriété.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation est bouleversée par l'arrêt *Winterstein* de la CEDH⁴⁴. En l'espèce, vingt-six familles, issues de la communauté des gens du voyage, sont installées depuis de nombreuses années dans des caravanes, bungalows ou cabanes situés sur un terrain de la commune d'Herblay. Ils sont assignés par la commune, en mai 2004, devant le juge des référés du TGI de Pontoise, pour occupation illicite des lieux. La commune souhaite que les occupants sans titres évacuent les lieux sans délai. Le 2 juillet 2004, le juge des référés rejette le recours pour défaut d'urgence et absence de trouble manifestement illicite. En septembre 2004, la commune réassigne ces familles devant le TGI de Pontoise, en formulant les mêmes demandes. Par jugement du 22 novembre 2004, le tribunal fait droit aux demandes de la commune, en estimant que les défendeurs avaient enfreint le plan d'occupation des sols et leur ordonne d'évacuer toutes leurs caravanes et d'enlever leurs constructions dans un délai de trois mois et sous astreinte de 70 € par jour de retard. Les défendeurs firent appel du jugement devant la Cour d'appel de Versailles. Par jugement du 13 octobre 2005, elle confirma la décision du TGI. Les défendeurs n'ont pas pu se pourvoir en cassation à la suite du refus du bureau d'aide juridictionnelle et du magistrat délégué par le premier président de la Cour de cassation. C'est pourquoi, une requête est déposée devant la CEDH par les défendeurs et l'association ATD Quart-Monde. Les requérants demandent à la Cour de constater qu'il y a eu une ingérence disproportionnée de l'État dans leur droit au respect de la vie privée et familiale et de leur domicile, protégé par l'article 8 de la CEDH. La CEDH donne droit aux requérants en estimant qu'il y a eu violation de l'article 8 portant sur le droit au respect du domicile.

Il convient ici de se pencher sur la définition de « domicile ». En France, le domicile se définit comme le lieu où toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, a son principal établissement⁴⁵. La CEDH retient une définition plus large et rappelle dans l'arrêt que : « *la notion de 'domicile' au sens de l'article 8 de la Convention, ne se limite pas au domicile légalement occupé ou établi, mais qu'il s'agit d'un concept autonome qui ne dépend pas d'une qualification en droit interne. La question de savoir si une habitation particulière constitue un 'domicile' relevant de la protection de l'article 8 dépend des circonstances factuelles, notamment de l'existence de liens suffisants et continus avec un lieu*

⁴⁴ CEDH, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013 (affaire n°27013/07).

⁴⁵ C. civ., art. 102, al. 1^{er}.

déterminé ». Ainsi, la notion européenne de domicile est plus large que la notion de domicile protégée en France : le domicile n'est pas seulement le bien loué ou acheté. En effet, la notion européenne comprend par exemple le domicile privé comme professionnel⁴⁶, ou encore le véhicule de la personne physique⁴⁷. De même, il a été jugé que les caravanes et autres domiciles non fixes sont considérés comme des domiciles.⁴⁸

Ainsi, la Cour s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle en indiquant que des cabanes, caravanes et bungalows installés sur des terrains communaux de façon illégale et occupés depuis de longues années par les requérants sont bien constitutifs de domicile. Ceux-ci ont donc droit à la protection de la CEDH à ce titre, l'expulsion constituant alors une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile. Cette ingérence, bien qu'elle soit légale et légitime, ne peut être regardée comme « *nécessaire dans une société démocratique* » au sens de l'article 8 de la Convention. La Cour considère que les juridictions internes ont accordé une importance prépondérante à l'occupation illégale des requérants sans la mettre en balance avec le droit au domicile. Or, « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile. Toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure* ». Cet arrêt prouve l'attachement de la Cour à prendre sérieusement en considération l'ensemble des faits pour motiver son appréciation. Certes les requérants occupent le terrain illégalement, mais ils s'y sont installés depuis longtemps, ils méritent une attention spéciale en raison de « *la vulnérabilité des Roms et gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité* », parce qu'« *aucun hébergement de rechange n'est disponible* ». Les circonstances susmentionnées n'ont pas été prises en considération par les juges du fond, d'où la violation de l'article 8 : les requérants « *n'ont pas bénéficié, dans le cadre de la procédure d'expulsion, d'un examen de la proportionnalité de l'ingérence conforme aux exigences de cet article.* » En outre, il y a également violation de l'article 8 pour ceux des requérants « *qui avaient demandé un relogement sur des terrains familiaux, en raison de l'absence de prise en compte suffisante de leurs besoins.* » La Cour reproche ainsi aux juges du fond de ne pas avoir procédé au contrôle de proportionnalité. Il aurait fallu mettre en balance la mesure d'expulsion due à l'illégalité de l'occupation et le fait que ces familles se retrouvaient sans aucun endroit où vivre. Si ce contrôle avait été effectué, l'expulsion aurait peut-être été refusée, ou du moins elle aurait été assortie de délais et de garanties pour qu'elle ait lieu dans de meilleures conditions. Pour la Cour, la balance penchait en la faveur des requérants au vu des faits, notamment l'inaction de l'État durant plusieurs années : « *Dans cette affaire, la Cour a relevé*

⁴⁶ CEDH, *Niemietz c./ RFA*, 16 décembre 1992 (affaire n° 13710/88).

⁴⁷ CEDH, 18 juillet 1974, *X c./ Belgique* (affaire n° 5488/72).

⁴⁸ CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n°27238/95.

que, si les autorités avaient en principe le droit d'expulser les requérants, qui occupaient un terrain communal illégalement, elles n'avaient accompli aucune démarche en ce sens pendant de nombreuses années et avaient ainsi de facto toléré cette occupation illégale. Dès lors, la Cour a estimé que [...] si les occupants sans titre ne pouvaient prétendre avoir une espérance légitime de rester sur le terrain, l'inactivité des autorités avait eu pour conséquence qu'ils avaient développé des liens étroits avec le lieu et y avaient construit une vie communautaire. La Cour a conclu que le principe de proportionnalité exigeait que de telles situations, où une communauté entière et une longue période de temps sont en jeu, soient traitées de façon totalement différente de situations courantes où un individu est expulsé d'une propriété qu'il occupe illégalement ». Les juges européens laissent manifestement entendre qu'au vu de toutes ces circonstances, l'expulsion immédiate est constitutive d'une restriction disproportionnée.

Or, depuis 2011 la Cour de cassation a affirmé la force obligatoire des arrêts de la CEDH : « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »⁴⁹. Les juges nationaux ont donc nécessairement dû prendre en compte l'arrêt *Winterstein*. C'est pourquoi, dans un arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence européenne⁵⁰. En l'espèce, des habitants du voyage occupent des cabanons de jardins et des caravanes sur un terrain appartenant à Mme X, l'une d'entre eux. La commune les assigne en référé expulsion pour infraction aux dispositions du plan local d'urbanisme (PLU). La Cour d'appel fait droit à la commune aux motifs que les caravanes occupées par des gens du voyage avaient été implantées en méconnaissance du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune et que « l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit au logement ne peuvent faire obstacle au respect des règles d'urbanisme ni faire disparaître le trouble résultant de leur violation ou effacer son caractère manifestement illicite ». Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'a pas recherché, « comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile ». La Cour de cassation applique ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et donne gain de cause aux requérants en considérant que, dans le cadre de la procédure d'expulsion, ils n'ont pas bénéficié d'un contrôle la proportionnalité entre le droit du propriétaire et l'ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile conforme aux exigences de l'article 8 de la CESDH. Ainsi, la Cour admet que le droit au respect du

⁴⁹ Ass. plén. c., 15 avr. 2011, n° 10-17.049.

⁵⁰ Civ. 3e, 17 décembre 2015, n° 14-22095.

domicile garanti par cette disposition puisse faire obstacle à l'application de règles d'urbanisme.

Les arrêts du 7 avril 2016⁵¹ et du 31 janvier 2017⁵² de la Cour de cassation s'inscrivent dans la même lignée jurisprudentielle. L'examen de ces jurisprudences laisse à penser que l'expression « occupant sans droit ni titre » est sur le point de devenir obsolète : un occupant peut être sans titre sans forcément être sans droit. Cette solution de la Cour de cassation permet assurément une protection plus efficiente du droit au logement : ces familles sont dans une situation précaire et les expulser n'aurait contribué qu'à aggraver leur situation.

Les trois derniers arrêts cités invitent donc à s'interroger : lorsque le droit de propriété est mis en péril par une occupation sans droit ni titre, comme ce fut le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 20 janvier 2010, le contrôle de proportionnalité est-il effectué par le juge ? Serait-ce possible qu'un propriétaire ayant l'abusus, le fructus et l'usus soit dans l'impossibilité d'obtenir l'expulsion de personnes occupant illégalement son terrain ?

3. La primauté du droit de propriété dans le cas de l'expulsion

Les prémices d'une primauté absolue du droit de propriété sur le droit au logement sont posées dans un arrêt du 21 décembre 2017 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁵³. En l'espèce, l'office public de l'habitat, propriétaire d'un ensemble immobilier, a assigné en expulsion M. et Mme X. Pour dire n'y avoir lieu à référé, la cour d'appel retient que l'expulsion placerait les défendeurs dans une situation de précarité, précisant qu'il s'agit de ressortissants syriens ayant fui leur pays. La mesure d'expulsion caractérise une atteinte plus importante au droit au respect du domicile des défendeurs, que ne l'est le refus d'une telle mesure vis-à-vis du droit de propriété d'Habitat Toulouse. Ainsi, la Cour estime qu'au regard des circonstances de l'espèce, l'occupation sans droit ni titre du logement ne constitue pas un trouble manifestement illicite, de sorte que la procédure ne relève pas de la compétence du juge des référés. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que : « *l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite* » au sens de l'article 849, alinéa 1^{er} du code de procédure civile ; il appartient donc au juge des référés de faire cesser ce trouble. Ainsi, la jurisprudence civile se maintient dans le droit fil de l'arrêt du 20 janvier 2010 : l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble d'autrui suffit à caractériser un

⁵¹ Civ. 3e, 7 avril 2016, n° 15-13064.

⁵² Crim., 31 janvier 2017, n°16-82945.

⁵³ Civ. 3ème, 21 décembre 2017, n°16-25469.

trouble manifestement illicite⁵⁴. « *En se positionnant ainsi, la Cour a affirmé la primauté du droit de propriété et la possibilité offerte au propriétaire de réclamer en référé toutes mesures utiles pour faire cesser un trouble manifestement illicite dont il se dit victime* »⁵⁵. Il convient de se demander pourquoi les juges du fond ont exclu la compétence du juge des référés à la suite du contrôle de proportionnalité. Pour les juges du fond, les conséquences d'une mesure d'expulsion étaient disproportionnées au regard du droit au respect du domicile consacré à l'article 8 de CESDH. Ils ont hiérarchisé les droits en cause et ont privilégié le droit au respect du domicile sur le droit de propriété au regard des « *circonstances de l'espèce* ». En conséquence, le contrôle de proportionnalité a permis aux juges du fond d'affirmer que le trouble au droit de propriété était en l'occurrence dépourvu d'illicéité manifeste. La Cour d'appel applique tout simplement la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait évolué à travers l'arrêt susmentionné de 2015⁵⁶. Dès lors, comment comprendre que la Cour de cassation n'ait pas tiré les conséquences de cette évolution dans son arrêt du 21 décembre 2017? La Cour de cassation ne rejette pas le contrôle de proportionnalité en soi, simplement elle estime que celui-ci n'a pas lieu d'être au stade de la détermination de l'illicéité manifeste du trouble invoqué : « *Le tort des juges du fond est d'avoir mis de la proportionnalité là où il n'en fallait pas, à savoir non pas au stade de la détermination de la mesure et de son opportunité mais à celui de la qualification juridique des faits en cause. Or, sur ce point, il n'y avait guère de discussion possible : 'l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite'* »⁵⁷. Le juge des référés ne peut en aucun cas écarter la qualification de « *trouble manifestement illicite* » lorsqu'il y a occupation sans droit ni titre du bien d'autrui et ce, quel que soient les faits de l'espèce. Implicitement, la Cour de cassation rappelle le caractère absolu du droit de propriété, l'atteinte à ce droit justifie la qualification de trouble manifestement illicite.

Un arrêt du 17 mai 2018 réaffirme l'absoluité du droit de propriété⁵⁸. En l'espèce, deux époux assignent le propriétaire d'un terrain en revendication de la propriété, par prescription trentenaire, de la parcelle qu'ils occupaient sans droit ni titre et sur laquelle ils avaient construit leur maison illégalement. Le propriétaire se prévalant d'un titre de propriété, demande la libération des lieux et la démolition de la maison. La Cour d'appel fait droit au propriétaire au motif que les époux ne rapportaient pas la preuve d'une prescription trentenaire, et leur ordonne de démolir la maison et de quitter les lieux. L'époux devenu veuf forme

⁵⁴ Civ. 3ème, 20 janvier 2010, n° 08-16088 – *Bull.Civ* 2010 III n°19.

⁵⁵ M. KEBIR, « Référé : l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite », *Dalloz Actualités, Procédure civile*, 23 Janvier 2018.

⁵⁶ Civ. 3ème., 17 décembre 2015, n° 14- 22095.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Civ. 3ème, 17 mai 2018, n° 16-15.792.

un pourvoi en cassation, soutenant que le droit au domicile est protégé par l'article 8 de la CESDH et qu'en conséquence, toute ingérence dans ce droit au doit être proportionnée au but légitime poursuivi et tenir compte à ce titre de l'ancienneté de son occupation des lieux et de sa particulière vulnérabilité due à son âge avancé (87 ans). La Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel et rejette le pourvoi. Les juges affirment tout d'abord que les mesures d'expulsion et de démolition d'un bien construit illégalement sur le terrain d'autrui caractérisent effectivement une ingérence dans le droit au respect du domicile de l'occupant. Cette ingérence est fondée « *sur l'article 544 du Code civil, selon lequel la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, et sur l'article 545 du même code, selon lequel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Cette ingérence dans le droit au domicile des occupants permet de protéger le droit de propriété absolu qui est garanti par la DDHC et la CESDH. L'expulsion et la démolition sont les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, c'est pourquoi « *l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* ». Cet arrêt confirme la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le droit de propriété prime le droit au logement⁵⁹.

L'arrêt du 17 mai 2018 s'inscrit ainsi dans la logique qui est celle de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dans une décision du 30 septembre 2011, le Conseil Constitutionnel explique que le droit au logement peut justifier que des restrictions soient apportées au droit de propriété, mais uniquement dans le cadre des lois qui le régissent⁶⁰. En effet, « *il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* ». Par conséquent, en l'absence de disposition légale protégeant l'occupant, les juges doivent permettre au propriétaire de « *recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement* ».

⁵⁹ En effet, la Cour affirmait déjà que l'occupation sans droit ni titre d'un bien appartenant à autrui constitué un trouble manifestement illicite (Cass. civ. 3ème, 20 juin 2010, n°08-16.088). Dès lors, la mesure d'expulsion est proportionnée au regard de l'atteinte portée au droit de propriété, même si elle porte atteinte au droit au respect du domicile protégé par la CESDH, en plaçant les occupants dans une grande précarité (Cass. civ. 3ème, 21 décembre 2017, n°16-25.469).

⁶⁰ C.C., décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres* [Définition du droit de propriété] – *Dalloz Actualités*, 7 oct. 2011, obs. G. FOREST; *D.* 2012. 2128, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; *A.J.D.I.* 2011. 885, obs. N. LE RUDULIER ; *A.J.D.I.* 2012. 487, chron. F. ZITOUNI ; *A.J.C.T.* 2012. 51, obs. E. AUBIN.

Les mots ont un sens, les juges de la Cour de cassation n'ont pas employé la formule « *ne saurait être disproportionnée* » vainement. En effet, ils ne disent pas que l'ingérence n'était pas disproportionnée mais qu'elle ne saurait être disproportionnée, traduisant ainsi un contrôle de proportionnalité formel. D'ailleurs, la Cour de cassation conclut son raisonnement en indiquant que « *la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision* ». Implicitement, elle vient expliquer que la cour d'appel n'avait pas à réaliser un contrôle de proportionnalité entre le respect du droit au domicile et les mesures permettant au propriétaire de recouvrer la plénitude de son bien. Finalement, la Cour de cassation invite les juges du fond à considérer que toute expulsion d'un occupant sans droit ni titre est toujours proportionnée.

Que reste-t-il alors du droit au respect du domicile ? « *Rien ou presque pourrait-on dire, car l'ingérence qu'il consomme dans la sauvegarde du droit de propriété est toujours disproportionnée lorsque le propriétaire entend récupérer son bien. C'est dire que l'appréciation du juge est en quelque sorte paralysée* »⁶¹. La Cour de cassation réitère sa position dans un arrêt du 4 juillet 2019⁶². En l'espèce, plusieurs occupants sans droit ni titre d'une parcelle ont été assignés en expulsion par les propriétaires. La Cour d'appel fait droit aux propriétaires en retenant l'existence d'un trouble manifestement illicite et ordonne l'expulsion des occupants et l'enlèvement des caravanes. Pour la Cour d'appel, l'occupation sans droit ni titre du terrain d'autrui permet aux propriétaires d'obtenir l'expulsion des occupants « *sans que puisse leur être opposée la légitimité du but poursuivi d'atteindre l'objectif de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent, la nécessité de satisfaire à cet objectif étant opposable, non pas aux particuliers, mais à la personne publique* ». Les occupants forment un pourvoi en cassation, ils soutiennent que la Cour d'appel n'a pas effectué de contrôle de proportionnalité alors que « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile* ». Ils lui reprochent de ne pas avoir mis en balance le droit de propriété avec le droit au respect du domicile. La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que « *l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété ; qu'ayant retenu à bon droit que, le droit de propriété ayant un caractère absolu, toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite*

⁶¹ A. TADROS, « Vers l'établissement d'une hiérarchie objective en faveur de la propriété au détriment du droit au domicile », *R.D.C.*, 2018, p. 452.

⁶² Civ. 3ème, 4 Juillet 2019, n° 18-17.119.

permettant aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision ».

La Cour de cassation reprend les termes qu'elle avait utilisés dans l'arrêt de 2018, afin de réaffirmer l'absoluité du droit de propriété. Il est d'ailleurs regrettable que la Cour vise le caractère absolu du droit de propriété alors que c'est l'exclusivité qui est en cause dans ces arrêts. Ainsi parce que la propriété est fondamentalement « *une relation exclusive entre une personne et un bien, celle-ci commande que l'immixtion d'autrui dans cette relation soit sanctionnée par la seule mesure qui permet de recouvrer cette exclusivité : l'expulsion* »⁶³. Pour les juges, le droit de propriété et le droit au logement ne sont pas du même rang, l'un est un droit fondamental, l'autre n'est qu'un objectif à valeur constitutionnelle. Le droit au logement est une finalité assignée au seul législateur, il ne saurait donc « *ôter au trouble que constitue, dans les circonstances de l'espèce, l'occupation sans droit ni titre, son caractère manifestement illicite* »⁶⁴. C'est pourquoi les atteintes portées au droit au respect du domicile des occupants sont nécessaires et seront toujours proportionnées puisqu'il s'agit de respecter le droit fondamental qu'est le droit de propriété. La Cour de cassation dispense les juges du fond d'effectuer tout contrôle entre la mesure de remise en état à ordonner et le droit au domicile de l'occupant. Il n'y a plus lieu de rechercher la proportionnalité de la mesure d'expulsion, une telle recherche est « *inopérante* » : « *Timidement reconnu, le droit au logement ne peut l'emporter sur le droit de propriété, dont la suprématie rend inutile l'exercice d'un contrôle de proportionnalité dès lors que la gravité, inhérente à sa supériorité, de l'atteinte qui y sera portée par une occupation illégale établit d'elle-même l'absence de disproportion de la mesure d'expulsion ordonnée en conséquence* »⁶⁵.

Cet arrêt est décrié par la majorité des associations protégeant les plus démunis et le droit au logement, telle que le Groupe d'information et de soutien des immigrées (Gisti) qui dénonce le refus de la Cour de cassation de « *mettre en balance le droit de propriété avec le droit à la protection du domicile des occupants de terrains ou de squats. Elle renie ainsi sa propre jurisprudence et s'oppose frontalement à la Cour européenne des droits de l'homme. Les personnes vulnérables contraintes de vivre en bidonville ou en squats – et parmi elles nombre d'étrangers et étrangères – feront les frais de cette volte-face rétrograde qui, aveugle à toute autre considération, entend rétablir une*

⁶³ R. BOFFA , « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 2163.

⁶⁴ C.A. Paris - Pôle 01 ch. 086 décembre 2019 / n° 19/02201.

⁶⁵ M. HERVIEU, « Occupation illégale : primauté du droit de propriété sur le droit au logement », *Dalloz Actualité* - 27 septembre 2019.

prééminence absolue du droit de propriété »⁶⁶. En effet, en refusant d'opérer un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation s'oppose à la jurisprudence *Winterstein* de la CEDH. La Cour de Strasbourg considère que « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile* », c'est pourquoi elle juge que « *toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal indépendant* ». La Cour européenne ajoutait que lorsque des arguments relatifs au droit à la protection du domicile sont invoqués devant ce tribunal, il doit « *les examiner en détail et y répondre par une motivation adéquate* ». Pourtant, la Cour de cassation a tout de même refusé de se livrer à un contrôle de proportionnalité et ce depuis son arrêt de 2017⁶⁷. Pour le GISTI, la Cour de cassation a renié une conception équilibrée de la mise en balance des intérêts à protéger, en affirmant que l'atteinte au droit au respect du domicile résultant d'une expulsion « *ne saurait être disproportionnée* ». La haute Cour en dispensant les juges du fond du contrôle de proportionnalité « *les invite du même coup à ordonner aveuglément les expulsions demandées, quelles que soient les circonstances (terrain inexploitable ou absence de projet d'aménagement, familles accompagnées par des associations, enfants scolarisés, projets d'insertion...)* »⁶⁸.

Qu'en est-il réellement ? Cette dispense du contrôle de proportionnalité entraîne-t-elle une rupture d'équilibre ? La réponse apparaît nécessairement positive. D'une part, parce que cette jurisprudence ne peut être viable : la France s'expose de façon certaine à une censure de la CEDH pour avoir refusé la mise en balance des droits fondamentaux. D'autre part, le droit de propriété doit-il toujours l'emporter sur le droit au logement, quelles que soient les circonstances, quitte à mettre en danger la vie des familles ? Montesquieu disait qu'« *il y a des cas où il faut mettre, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux* ». La CEDH l'approuverait en précisant qu'il y a des cas où il faut porter atteinte au droit de propriété pour offrir la solution la plus protectrice de l'intérêt légitime. Ce voile, seuls les juges peuvent décider à quelles conditions le mettre, une décision qu'ils ne peuvent prendre qu'en effectuant un contrôle de proportionnalité. C'est pourquoi la Cour de cassation renonce au contrôle de proportionnalité : elle refuse de porter atteinte au droit de propriété. Rappelons, qu'il était question dans les différents arrêts : de réfugiés syriens, d'un veuf de 87 ans, de familles Roms... ce sont toutes des personnes vivant dans une grande précarité ; ainsi dans ces cas-là, le contrôle de proportionnalité devrait amener la balance à pencher en leur faveur. Le droit de propriété ne serait plus absolu si le

⁶⁶ GISTI, « Bidonvilles et squats : en se rangeant du côté des propriétaires, la Cour de cassation se renie », 12 juillet 2019, <https://urlz.fr/k9Lp>

⁶⁷ Civ. 3ème., 21 Décembre 2017, n°16-25469.

⁶⁸ GISTI, « Bidonvilles et squats : en se rangeant du côté des propriétaires, la Cour de cassation se renie », *ibid.*

contrôle de proportionnalité était effectué... En effet, être propriétaire signifie avoir l'usus, l'abusus et le fructus de son bien, alors finalement que reste-t-il du droit de propriété si quiconque peut s'installer sur ledit bien? Si une famille peut installer des tentes dans le jardin d'un propriétaire, est-il alors toujours propriétaire ? Ainsi, refuser le contrôle de proportionnalité est le seul moyen permettant à la Cour de protéger coûte que coûte le droit de propriété, en dépit de la protection du droit au logement.

Ces décisions de la Cour de cassation mettent en exergue la difficulté pour ne pas dire l'impossible conciliation entre le droit de propriété et le droit au logement. La Cour de cassation, en affirmant la primauté du droit de propriété, altère l'équilibre fragile existant entre ces deux droits. Cette primauté n'a pas vocation à durer, la Cour de cassation est soumise au contrôle de la CEDH et elle devra nécessairement à un moment ou à un autre accepter d'opérer ce contrôle de proportionnalité. L'équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement recherché par le pouvoir judiciaire est plus que jamais fragilisé.

B. La contractualisation du droit de propriété et du droit au logement

Si la quête d'un équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement s'avère périlleuse pour le pouvoir judiciaire, elle l'est tout autant pour le pouvoir législatif. Le droit au logement peut justifier que des atteintes soient portées au droit de propriété mais uniquement dans le cadre des lois qui le régissent. En conséquence, il revient au pouvoir législatif de mettre en œuvre les mesures permettant au droit au logement de devenir effectif. Selon le Professeur Seube, « *le bail d'habitation n'échappe pas au vent de 'fondamentalisation' qui souffle sur tous les contrats. Il est même un laboratoire de premier ordre [...]* » puisqu'il mobilise les droits fondamentaux des deux parties : d'une part le droit de propriété du bailleur, d'autre part le droit au respect du domicile du locataire⁶⁹. Ainsi, le législateur a tout d'abord tenté d'installer un équilibre contractuel des baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989 dite « loi d'équilibre » (1). Il a, en effet, restreint la liberté contractuelle en imposant une loi d'ordre public de protection visant à réguler les relations entre les bailleurs et les locataires. Ainsi, cette loi comporte des « *règles tendant à maintenir l'équité et l'équilibre des prestations respectives dans les accords contractuels* »⁷⁰. L'objectif principal de cette loi est de protéger le droit au logement du locataire, dit « partie faible au contrat » (2). Si la grande majorité des logements sont soumis à la loi de 1989, certains y échappent : c'est le cas des locations saisonnières. Raison pour laquelle, le législateur a instauré des normes permettant d'encadrer la prolifération de cette activité afin de protéger le droit au logement (3).

⁶⁹ J.-B. SEUBE, « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *A.J.D.I.* 2019.756.

⁷⁰ CA Amiens, 9 décembre 1974, *R.D.I.*, 1975, p. 772 (note P. MALAURIE).

1. Le droit au bail : une tentative d'équilibre

Selon le Professeur Seube, la loi de 1989 apparaît de plus en plus comme « *une législation émancipée du droit commun [...] En trente années, la loi de 1989 a peu à peu largué les amarres du droit commun pour elle-même devenir une sorte de droit commun du bail d'habitation* »⁷¹. La loi de 1989 est si précise et complète que le droit commun ne peut que s'estomper face à elle, comme en témoigne la rareté des arrêts de la Cour de cassation visant à la fois la loi de 1989 et le Code civil. La loi de 1989 vient de fêter ses trente ans, au cours desquels elle a connu bien des changements. Son évolution révèle un fort interventionnisme législatif : « *les modifications ont été quasi annuelles, avec en outre des lois dont l'ambition était d'apporter une réponse d'ampleur et définitive aux problèmes d'accès au logement* »⁷². En trente ans d'existence, la loi de 1989 est passée de 42 à 80 articles, dédiés à la poursuite de l'objectif énoncé à l'article 1^{er} de la loi : « *Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives* ». Ainsi, l'amélioration des rapports locatifs entre bailleurs et locataires passerait par un équilibre contractuel entre les parties. Cet équilibre contractuel permet d'éviter que la conjoncture économique influe sur la relation entre les parties, comme ce fut le cas après la Seconde Guerre mondiale. C'est pourquoi le législateur encadre le contenu du contrat de bail d'habitation : il est impératif de limiter les effets de la loi du marché, qui pourrait être défavorable au locataire. Cette loi de 1989 reprend une idée chère à la loi Quillot : celle de la négociation collective entre bailleurs et locataires. En effet, « *le but de ces rapports collectifs est d'accorder aux locataires un poids qu'à titre individuel, ils ne peuvent pas avoir face à un bailleur* »⁷³. Grâce à ces rapports collectifs, le locataire et le bailleur n'ont plus à négocier les éléments importants du contrat, qui sont encadrés par la loi (la durée, le prix, le contenu). La négociation ne portera que sur des éléments non-substantiels tels que les charges, l'entretien ou l'amélioration des immeubles loués. Cette loi de 1989 a l'ambition de trouver un juste équilibre entre les intérêts des locataires et des bailleurs ; l'idée étant de protéger le locataire en respectant les prérogatives du bailleur.

La loi de 1989 pose un certain nombre de règles qui vont permettre d'encadrer la relation contractuelle entre le bailleur et le locataire. Les règles posées par la loi de 1989 permettent d'équilibrer le contrat pour éviter que le

⁷¹ J.-B. SEUBE, « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *ibid.*

⁷² N. DAMAS & Y. ROUQUET, « Trente ans de la loi du 6 juillet 1989 : points de rupture et d'équilibre », *A.J.D.I.*, 2019.754.

⁷³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des contrats spéciaux : distribution, entremise, entreprise et louage*, Cours en ligne sur l'UNJF (2016) – URL : <https://cours.unjf.fr/enrol/index.php?id=2>

locataire soit victime d'abus de la part du bailleur. L'article 4, par exemple, pose une liste de clauses réputées non écrites dans le contrat de bail d'habitation :

« *Est réputée non écrite toute clause :*

d) Par laquelle le locataire autorise le bailleur à prélever ou à faire prélever les loyers directement sur son salaire dans la limite cessible ;

e) Qui prévoit la responsabilité collective des locataires en cas de dégradation d'un élément commun de la chose louée. (...) ».

Cette liste restreint considérablement la liberté contractuelle des parties afin de protéger le locataire. Le bailleur ne peut pas imposer à son locataire toutes ces clauses abusives, signe d'un contrat de bail strictement encadré. Le contrat de bail d'habitation est un contrat à part parce qu'il repose sur le logement. Le logement est aujourd'hui nécessaire à la vie de l'homme tout comme la nourriture et le travail, c'est pourquoi il est un contrat réglementé, protégé et équilibré.

La notion d'équilibre se retrouve tout d'abord dans les obligations mises à la charge de chacune des parties. Ces obligations sont mentionnées à l'article 6 pour le bailleur et à l'article 7 pour le locataire. Le bailleur doit tout d'abord remettre au locataire un logement décent « *en bon état d'usage et de réparation* », il est tenu « *d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal des locaux loués* ». Les réparations autres que locatives comprennent les améliorations des parties communes de l'immeuble, les travaux nécessaires à l'entretien normal du logement, notamment les travaux liés à la vétusté du logement ou encore les « grosses réparations » telles que celles de la toiture. L'article 7 prévoit quant à lui que : « *Le locataire est obligé : de prendre à sa charge l'entretien courant du logement, des équipements mentionnés au contrat et les menues réparations ainsi que l'ensemble des réparations locatives définies par décret en Conseil d'État, sauf si elles sont occasionnées par vétusté, malfaçon, vice de construction, cas fortuit ou force majeure* ». Le locataire devra ainsi prendre à sa charge l'entretien du jardin, les réparations des mécanismes des portes et des fenêtres, il assure la propreté des murs, du plafond, des revêtements de sol ainsi que l'entretien de la plomberie et de certains éléments d'équipement électrique (interrupteurs, prises de courant, etc.). Ainsi, une répartition équilibrée des travaux entre le bailleur et le locataire est opérée par la loi. Il serait injuste de faire peser sur le locataire les « grosses réparations » puisqu'il n'a pas vocation à habiter le logement *ad vitam aeternam*. Il n'a pas à se charger des améliorations pérennes telle que la réparation du toit qui lui coûterait une fortune et profiterait

ensuite à un autre locataire lors de son départ. *A contrario*, il semble normal qu'il ait à sa charge les réparations locatives et courantes, nécessaires à son bien-être.

De plus, le bailleur se doit d'assurer au locataire une jouissance paisible du logement en garantissant notamment les vices ou les défauts de nature à faire obstacle. La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 2018, a ainsi rappelé que le locataire est en droit de réclamer des dommages et intérêts à son bailleur en réparation du préjudice occasionné par le mauvais fonctionnement de son chauffage⁷⁴. Le chauffage ne fonctionnant pas, le locataire ne peut jouir paisiblement du bien. La jouissance paisible est aussi une obligation pour le locataire qui doit : « *user paisiblement des locaux loués suivant la destination qui leur a été donnée par le contrat de location* »⁷⁵ et de manière « *raisonnable* »⁷⁶. À cet effet, le locataire doit respecter le voisinage : éviter les nuisances sonores, ne pas avoir un comportement nuisible. Le locataire doit user du bien tel « *un bon père de famille* ». Il doit respecter la destination du bien, il s'agit d'un « bail d'habitation » ainsi le locataire ne peut en aucun cas transformer son logement en local commercial. L'irrespect de l'usage paisible et conforme du logement peut être sanctionné par la résiliation du bail d'habitation. La réciprocité de l'obligation pour le locataire et le bailleur permet là aussi d'équilibrer leurs relations. De même, le locataire devra par exemple répondre des dégradations et pertes « *qui surviennent pendant la durée du contrat dans les locaux dont il a la jouissance exclusive* »⁷⁷. Le propriétaire lui confie son bien, lui offre l'usus, il est ainsi normal que le locataire réponde de toutes dégradations ou pertes, cette obligation concorde ainsi avec la précédente : l'obligation de jouissance paisible. Il n'est pas question de briser les murs, les fenêtres ou endommager la plomberie du propriétaire du bien, le locataire s'exposerait à la résiliation du bail, là encore. Enfin, le locataire doit évidemment payer les loyers au propriétaire, en contrepartie de la jouissance paisible du bien. Ces différentes obligations imposées aux propriétaires et aux locataires participent à l'équilibre de leur relation. De même, la durée du bail encadrée par la loi de 1989, participe à cet équilibre. En effet, lorsque le logement est vide, le bail est conclu pour une durée minimale de trois ans lorsque le bailleur est un particulier ou une société civile immobilière familiale et de six ans lorsque le propriétaire est une personne morale. Lorsque le logement est meublé il est conclu pour une durée minimale d'un an. À la fin du bail, il peut être reconduit automatiquement ou renouvelé sur proposition du bailleur. L'obligation d'une durée minimum permet de protéger le locataire en lui offrant une stabilité. Le locataire est assuré de pouvoir rester dans le logement pendant la durée du bail,

⁷⁴ Civ.3ème, 11 octobre 2018, n°17-21286.

⁷⁵ Article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁷⁶ Article 1728 du Code civil.

⁷⁷ Article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

s'il respecte ses obligations. Dans le même temps, cette durée n'est pas excessivement longue afin de permettre au bailleur de récupérer sa propriété.

Il convient de faire ici un parallèle avec le contrat de prêt à usage. Aussi appelé commodat, le prêt à usage est défini à l'article 1875 du Code civil comme « *un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* ». Il s'agit d'un prêt sans contrepartie financière qui peut porter sur tous types de biens qui ne se consomment pas par l'usage, mais est principalement utilisé pour les biens immobiliers. Le caractère gratuit du prêt à usage le distingue du bail d'habitation. Le contrat de prêt à usage obéit aux règles du Code civil, ce qui laisse ainsi une large place à la liberté contractuelle : la durée, les règles de congé et de préavis sont fixées librement. Cela permet au propriétaire de reprendre son bien à tout moment. Le prêt à usage peut être conclu à durée déterminée ou indéterminée. Comment mettre fin au contrat lorsqu'il est à durée indéterminée ? La question a fait l'objet de multiples palinodies.

En 1993, la Cour de cassation affirme que : « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* »⁷⁸. Cette jurisprudence fait l'objet de critiques virulentes. En effet, « *elle sacrifiait le besoin du prêteur en conférant au contrat une durée incertaine fondée sur le seul besoin de l'emprunteur* »⁷⁹. Pour les juges de la haute Cour, le propriétaire qui prête gratuitement son bien à durée indéterminée ne peut le récupérer seulement lorsque l'emprunteur n'en a plus besoin. Dans le cadre du prêt au logement celui-ci pouvait donc devenir viager puisque le logement est un besoin durant toute la vie. Dans un arrêt du 4 mai 2000⁸⁰, la Cour de cassation souligne une nouvelle fois que le prêteur ne peut en aucun cas donner congé à l'emprunteur si son besoin n'a pas cessé : l'emprunteur est donc plus protégé que le locataire. Alors que le bailleur peut délivrer un congé à son locataire à la fin de la durée du bail, le prêteur lui n'en a pas le droit.

Finalement, dans un arrêt de 2004, la Cour de cassation opère un revirement jurisprudentiel en décidant de revenir au droit commun des contrats et déclare : « *lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis*

⁷⁸ Civ. 1^{re}, 3 févr. 1993 n°89-18467, D. 1994. 248, 1^{re} esp., note A. BÉNABENT ; R.T.D. civ. 1994. 125, obs. P.Y. GAUTIER ; JCP 1994, II, n° 22239, note V. MORGAND-CANTEGRIT.

⁷⁹ P. PUIG, « Un revirement privé d'avenir : le prêt à usage peut encore être perpétuel ! », R.D.C., 2010, p. 144.

⁸⁰ Civ.3ème, 4 mai 2000, n° 98-11.783.

raisonnable »⁸¹. Ainsi, dans le prêt à usage, l'équilibre entre droit de propriété et droit au logement est difficile à trouver, en ayant permis un prêt viager la Cour a protégé de façon incommensurable l'emprunteur en dépit du droit de propriété. Le propriétaire n'est plus propriétaire s'il ne peut récupérer l'usus. Ainsi, il y avait là une forte atteinte au droit de propriété comme l'affirme le Professeur Puig : « *Il est tout aussi discutable d'affirmer que l'impossibilité pour le prêteur de récupérer le bien gracieusement mis à la disposition de l'emprunteur ne méconnaît pas son droit de propriété ni celui au respect de ses biens. Que l'emprunteur puisse se prévaloir d'un intérêt légitime, celui de se loger, est une chose. Que les restrictions apportées aux droits du propriétaire soient considérées comme proportionnées à la défense de cet intérêt en est une autre* »⁸². En effet, les restrictions apportées au droit de propriété dans ce cas précis n'étaient absolument pas proportionnées à l'intérêt légitime de l'emprunteur qui, rappelons-le, occupe le logement gratuitement. En permettant la résiliation unilatérale, les juges rétablissent l'équilibre entre les droits en présence : comme dans les contrats à durée indéterminée soumis au droit commun, l'une des parties peut mettre fin au contrat quand elle le souhaite.

La durée du contrat tant du bail que du prêt à usage est donc un levier permettant au pouvoir judiciaire et législatif d'équilibrer les droits de propriété et du logement dans les relations contractuelles.

Quid du contrôle de proportionnalité au sein des conflits juridiques entre bailleur et locataire ? La CEDH dans un arrêt *Vrzic c./ Croatie*⁸³ en date du 12 juillet 2016 souligne qu'en raison de la nature purement privée des intérêts en cause, il n'est pas nécessaire que le contrôle de proportionnalité soit réalisé par le juge. Elle réitère cette position dans un arrêt du 29 novembre 2018⁸⁴, en refusant d'enjoindre aux juridictions internes de s'immiscer dans les relations contractuelles entre le bailleur et le locataire par le biais du contrôle de proportionnalité. La Cour refuse ce contrôle de proportionnalité pour ne pas mettre en péril la sécurité juridique. Si la Cour européenne venait s'immiscer dans les rapports locatifs, notamment en imposant le contrôle de proportionnalité, les décisions seraient rendues au cas par cas. En effet, la Cour de cassation devrait par exemple juger que l'expulsion est proportionnée dans le cas où il s'agit d'un couple mais qu'elle est disproportionnée lorsqu'il s'agit d'une mère célibataire avec trois enfants. Le contrôle de proportionnalité aurait

⁸¹ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, D. 2004. 903, note C. NOBLOT ; R.T.D. civ. 2004. 312, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Defrénois* 2004, n° 38041, note R.CRÔNE ; C.C.C. 2004, Comm. n° 53, obs. L.LEVENEUR ; RDC 2004. 647, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; Civ. 3^e, 19 janv. 2005 et Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, D. 2005. 2439, note Y. DAGORNE-LABBE.

⁸² P. PUIG, « Un revirement privé d'avenir : le prêt à usage peut encore être perpétuel ! », *ibid.*

⁸³ CEDH, 12 juillet 2016, *Vrzic c./ Croatie* (affaire n° 43777/13).

⁸⁴ CEDH, 29 novembre 2018, *F.J.M. c./ the United Kingdom* (affaire n° 76202/16).

des répercussions dommageables et imprévisibles dans les rapports entre bailleur et locataire et il porterait atteinte à la stabilité de législation nationale. Ainsi, la CEDH impose simplement aux législations internes de veiller à assurer un équilibre entre les droits des parties.

Pourtant, l'ambition d'un équilibre entre les droits et obligations des locataires et des bailleurs reste inassouvie dans la loi de 1989. En effet, il existe sur certains points un semblant d'équilibre, notamment dans la répartition des réparations ou les différentes obligations des parties. Cependant, en réalité, la loi de 1989 n'a pas pour objectif premier d'équilibrer les relations entre le bailleur et le locataire : son but est de protéger le locataire. En faisant de la liberté contractuelle un lointain souvenir, la loi de 1989 a créé un bail d'habitation « pro-locataire », souvent au détriment du propriétaire. Maître Richard explique ainsi que « *sur un temps long, le locataire a vu ses droits s'étendre, et inversement le propriétaire ses prérogatives se restreindre. Ce constat renforce bien entendu celui fait en liminaire de la qualité de la loi de 1989 qui, face à un équilibre introuvable, a permis d'apaiser les tensions en apportant assurément une certaine stabilité juridique* »⁸⁵. La loi de 1989 protège tant le locataire qu'elle est devenue une véritable source de contraintes pour le bailleur : l'obligation d'un logement décent, un droit de préemption pour le locataire, une fixation du loyer, des préavis et des congés strictement encadrés...

2. Le droit au bail : une protection du locataire face au bailleur

S'il est possible d'acheter en l'état, il n'est pas possible de louer en l'état : en effet, le Conseil constitutionnel érige la possibilité d'accéder à un logement décent en objectif à valeur constitutionnelle dans sa décision de 1995⁸⁶. À cette fin, le législateur impose au bailleur de « *remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé, exempt de toute infestation d'espèces nuisibles et parasites, répondant à un critère de performance énergétique minimale et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation* »⁸⁷. L'État, créancier du droit au logement fait ainsi peser sur le bailleur l'obligation de remettre au locataire un logement décent. De plus, un décret de 2002⁸⁸, pris en application de de la loi du 13 décembre 2000 (SRU), précise les

⁸⁵ D. RICHARD, « La loi du 6 juillet 1989 : retour critique sur un texte de plus en plus complexe », *R.D.I.*, 2019, p. 496.

⁸⁶ C.C., décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.

⁸⁷ Article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁸⁸ Décret n° 2002-120 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JO* du 31 janvier 2002.

caractéristiques auxquelles doit répondre « un logement décent »⁸⁹. Ainsi, un logement décent dispose d'au moins une pièce habitable respectant la surface, la hauteur et le volume posés par le décret. Il doit prévenir des risques, à ce titre il doit assurer « le clos et le couvert » à l'occupant, c'est-à-dire le protéger des risques d'effondrement, de ruissellement ou d'infiltration. Il doit être suffisamment éclairé, ventilé et les réseaux électriques doivent répondre aux normes de sécurité en vigueur. Aussi, le logement doit assurer un certain confort : un chauffage, une alimentation d'eau potable, un coin cuisine... Enfin, le logement ne doit pas mettre en péril la santé du locataire, il doit être exempt de plomb ou d'amiante, par exemple. Ce décret a été complété par un décret de 2017 introduisant un critère de performance énergétique (étanchéité suffisante de l'air afin d'éviter les déperditions d'énergie.) Le bailleur doit répondre à l'ensemble de ces critères posés par les décrets. Le cas échéant, le locataire peut demander la mise en conformité du logement par lettre recommandée avec accusé de réception. Il convient de souligner que la validité du bail n'est pas remise en question par la demande de mise en conformité. Si le propriétaire ne répond pas dans les deux mois ou que les parties ne parviennent pas à un accord, le locataire peut saisir la commission départementale de conciliation et/ou en l'absence d'accord amiable le tribunal judiciaire. Il reviendra alors au juge de déterminer la nature des travaux à réaliser et le délai d'exécution. S'il l'estime nécessaire, le magistrat peut réduire le montant du loyer ou suspendre son paiement ainsi que la durée du bail jusqu'à l'exécution de ces travaux. Ainsi, lorsque le logement ne contient pas d'installation sanitaire et que la surface habitable est inférieure à celle prévue par le décret, les juges ont estimé que la demande du locataire tendant à obtenir une réduction du loyer est fondée⁹⁰. De plus, la suspension du loyer a été accordée par les juges lorsque l'appartement est envahi de cafards, dégradé et malodorant, ainsi que contraire aux exigences d'hygiène imposées par la loi de 1989⁹¹. Par ailleurs, lorsque le bailleur délivre un logement non-décent, il engage sa responsabilité et doit indemniser le locataire. Le préjudice résultant du manquement du bailleur à son obligation de délivrer un logement décent s'analyse comme la conséquence d'un trouble de jouissance. Ainsi, dans un arrêt du 4 juin 2014, la Cour de cassation a jugé que la présence de rongeurs, de peinture dégradée au plomb et d'une installation d'électricité vétuste au sein d'un logement le rendait indécemment et qu'il incombait au bailleur d'indemniser le locataire pour trouble de jouissance. L'obligation d'un logement décent découle finalement de la dignité humaine : le locataire doit pouvoir vivre dignement dans son logement.

⁸⁹ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO n° 289 du 14 décembre 2000.

⁹⁰ ANIL, « Logement décent : note de jurisprudence », <https://www.anil.org/jurisprudences-logement-decent/> (2016).

⁹¹ *Idem.*

Par ailleurs, la loi de 1989 protège le locataire en réglementant la résiliation du bail. Tout d'abord, en cours d'exécution, le bailleur ne peut pas résilier le bail sauf en cas d'inexécution des obligations du locataire. En second lieu, lorsque le bail parvient à expiration, il a vocation à se poursuivre. En effet, à défaut de congé ou proposition de renouvellement, le bail est reconduit tacitement (art 10 al.2) pour une durée égale à celle du contrat initial (3 ou 6 ans). Ainsi, si le bailleur ne résilie pas, alors le contrat de bail persiste. La possibilité pour le propriétaire de récupérer son bien est d'ores et déjà amenuisée par ces dispositions. En effet, la tacite reconduction permet de protéger le locataire en lui offrant une certaine stabilité au sein du logement. Pour récupérer son bien le propriétaire doit donc procéder à la résiliation du bail mais le législateur, souhaitant protéger le locataire, a étroitement encadré cette possibilité. Ainsi, à l'expiration de la durée de celui-ci, le bailleur doit donner congé au locataire au moins six mois avant son terme par lettre recommandée avec accusé de réception ou acte d'huissier. À défaut de respecter ce délai minimum de 6 mois, le bail est reconduit d'office. Cependant, il ne suffit pas de donner congé six mois avant le bail, encore faut-il que ce congé soit motivé. La loi fournit au bailleur trois motifs permettant de motiver son congé : le congé pour reprise, pour vendre et pour un motif légitime et sérieux. Le congé pour reprise est possible lorsque le bailleur a besoin de se loger ou de loger sa famille (art 15). Le congé pour vendre permet au bailleur de vendre un local d'habitation vide qui a plus de valeur que s'il est habité. Cependant, le locataire a un droit de préemption sur ce logement. En effet, le propriétaire ne peut pas vendre son bien sans l'avoir proposé prioritairement à son locataire. Le congé vaut offre de vente et le locataire dispose d'un délai de deux mois pour se décider. Si le locataire ne préempte pas, alors il sera déchu de tout droit d'occupation du logement à l'expiration du délai de préavis (de 6 mois). Cependant, s'il ne préempte pas et que le bailleur décide, en définitive, de vendre le bien loué à des conditions ou à un prix plus avantageux, le locataire bénéficie alors d'un nouveau droit de préemption. Si le locataire préempte, le propriétaire n'a pas d'autre choix que le lui vendre, il ne peut pas choisir son acheteur sauf s'il vend à l'un de ses parents. Ainsi, une atteinte est portée à son droit de propriété et à sa liberté contractuelle, puisqu'il n'est pas libre de choisir son co-contractant. Enfin le congé pour un motif légitime et sérieux est explicité par le législateur comme, par exemple « *l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant* » (art 15) : le plus fréquemment, il s'agit du défaut de paiement des loyers. Il appartient au juge d'apprécier souverainement si le motif invoqué par le bailleur dans la notification de congé constitue un motif légitime et sérieux de refus de renouvellement. En dehors de ces trois cas limitativement prévus par la loi, le bailleur ne peut pas refuser le renouvellement. Ainsi, il est porté une atteinte à son droit de propriété. Un propriétaire ne peut pas récupérer son bien sans motif valable, il doit justifier le fait qu'il souhaite récupérer ce qui lui appartient. La

loi de 1989 protège le locataire grâce à cette disposition mais nuit au droit de propriété : l'équilibre est rompu.

De surcroît, il existe des « locataires protégés »: ceux qui sont âgés de plus de 65 ans et qui ont de faibles ressources (inférieur au plafond en vigueur) ou ceux qui ont la charge de quelqu'un de plus 65 ans et qui ont de faibles ressources⁹². Dans ces cas-là, le renouvellement du bail d'habitation est automatique et le bailleur ne peut pas donner congé aux locataires protégés, sauf s'il lui trouve une solution de relogement correspondant à ses besoins et à ses possibilités, qui soit situé dans le voisinage. Le propriétaire ayant des locataires protégés est dans l'impossibilité totale de récupérer son bien sauf s'il les relogé. Cette disposition prouve à quel point le législateur fait peser sur le bailleur l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la possibilité de disposer d'un logement décent. Il revient au bailleur, et non à l'État, de trouver une solution de relogement, alors qu'il souhaite simplement récupérer ce qui lui appartient de droit à la fin du bail d'habitation. L'adjectif « absolu » peut-il toujours habiller le droit de propriété lorsque le propriétaire n'est même plus en mesure de reprendre son bien ? Que le législateur souhaite protéger le locataire âgé cela semble relativement juste, mais qu'il oblige le bailleur à reloger celui-ci semble plus discutable. Cette disposition, là encore, porte atteinte au droit de propriété pour protéger le locataire. Précisons que cette disposition ne s'applique pas si le bailleur est âgé de plus de 65 ans ou qu'il a lui-même des ressources inférieures à celles fixées pour le locataire protégé, contrairement au locataire les conditions ne sont pas cumulatives. Par ailleurs, si le locataire protégé ne paie pas ces loyers le bail pourra être résilié. Cela permet de rétablir quelque peu l'équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement, même si l'on s'aperçoit que cette loi de 1989 a pour but d'assurer une protection effective du locataire. En effet, *a contrario* le locataire peut facilement résilier le bail : il a un droit de résiliation unilatérale. La résiliation du contrat de bail à l'initiative du locataire peut intervenir à tout moment, de façon discrétionnaire : il n'a nullement besoin de motiver son départ⁹³. Le locataire doit simplement respecter un délai de préavis de trois mois, qui peut même être réduit à un mois dans certains cas (mutation, perte d'emploi, appartement en zones tendues...). Il lui suffit donc d'envoyer son congé par lettre recommandée avec accusé de réception, trois mois (ou un mois) avant de quitter le logement. Ainsi, le bailleur ne peut résilier le contrat qu'à la fin du bail et doit prévenir son locataire six mois avant, mais le locataire peut mettre fin au contrat quand il veut et doit prévenir son bailleur trois semaines ou un mois avant. Ces dispositions permettent de se rendre compte à quel point la loi de 1989 est loin d'établir un réel équilibre entre les parties : il est évident que ces dispositions sont protectrices du locataire avant tout. Cette différence de traitement est due à la différence de conséquences pour les parties :

⁹² Article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁹³ Article 12 de la loi de 1989.

lorsque le locataire résilie le bail, le bailleur perd un loyer en revanche quand le bailleur résilie le bail, le locataire perd son logement. Les conséquences sont bien plus graves pour le locataire qui n'a plus d'endroit pour vivre, c'est pourquoi cette loi lui assure une stabilité et une protection en ne permettant pas au bailleur de pouvoir résilier facilement le contrat de bail.

Cette protection accordée par la loi de 1989 passe aussi par la réglementation de l'élément le plus important du contrat : le prix. En effet, en principe, le loyer est librement fixé au moment de la conclusion du bail d'habitation⁹⁴. En cours d'exécution, le montant du loyer ne peut être révisé qu'une seule fois, et seulement si une clause du bail d'habitation le prévoit. Pour réviser le montant du loyer, le propriétaire doit se baser sur l'indice de référence des loyers (IRL) car l'augmentation annuelle du loyer est plafonnée par l'évolution sur un an de l'IRL⁹⁵. Il n'est donc pas libre d'augmenter le loyer librement. De plus, la loi ALUR, en 2014 ambitionnait d'encadrer les loyers dans des zones dites « tendues »⁹⁶, c'est-à-dire les communes (28) rencontrant des difficultés d'accès au logement dues à un déséquilibre entre l'offre et la demande. Dans ces communes, les écarts entre les loyers pratiqués et les revenus des ménages français étaient de plus en plus grands, ainsi la loi ALUR souhaitait favoriser l'accession au logement. Seules les agglomérations de plus de 50 000 habitants sont visées par ces dispositions : comme par exemple Nice, Paris, Marseille, Bordeaux et Montpellier. Elle met en place un observatoire des loyers, ayant pour but de fixer, à partir de statistiques, des loyers de référence⁹⁷:

- Un loyer médian calculé à partir de la moyenne de loyers existants sur le marché.
- Un loyer médian majoré de 20% fixé chaque année par décret et qui permet d'adapter le montant du loyer.

⁹⁴ Art 17 de la loi de 1989.

⁹⁵ Art 17-1 de la loi de 1989.

⁹⁶ Le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants instituée par l'article 232 du code général des impôts pose la liste des zones tendues en France. Cette liste est applicable pour l'encadrement des loyers et la taxe des logements vacants.

⁹⁷ « Dans les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant [...] le représentant de l'État dans le département fixe chaque année, par arrêté, un loyer de référence, un loyer de référence majoré et un loyer de référence minoré, exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable, par catégorie de logement et par secteur géographique » (L. n° 89-462, 6 juill. 1989 : JO 8 juill. 1989, p. 8541, art. 17, modif. par L. n° 2014-366, 24 mars 2014, art. 6).

- Un loyer plancher (médian minoré, 30% inférieur au loyer médian) en dessous duquel un propriétaire pourra augmenter le loyer.

Ce dispositif a été mis en œuvre par le décret du 10 juin 2015 délimitant le périmètre géographique des zones tendues et les modalités de détermination des loyers de référence. L'application du dispositif nécessitait ensuite la publication d'un arrêté déterminant les montants des loyers de référence dans chaque ville concernée. Ce dispositif d'encadrement des loyers portait une atteinte incommensurable au droit de propriété puisque le propriétaire ne peut plus fixer librement son loyer. Ainsi, de nombreuses collectivités locales ont refusé d'appliquer ce dispositif sur leur territoire. Raison pour laquelle le Premier ministre Manuel Valls dans son discours du 9 août 2014, soit moins de six mois après l'adoption de la loi, affirmait que « *le dispositif sera donc appliqué [uniquement] à titre expérimental à Paris* » car « *les conditions techniques ne sont pas réunies* », ainsi « *il ne sera pas étendu aux autres agglomérations concernées tant qu'un bilan sur sa mise en œuvre n'aura pas été réalisé* ». Cette déclaration pose un véritable problème en termes d'« équilibre institutionnel » puisqu'un Premier ministre vient écarter une disposition d'une loi adoptée par le Parlement. C'est pourquoi le Conseil d'État a estimé dans une décision du 15 mars 2017 que le Premier ministre ne pouvait pas « *procéder à une mise en œuvre de la loi à titre expérimental lorsque la loi ne l'a pas elle-même prévue* »⁹⁸. En conséquence, le gouvernement était tenu de mettre en œuvre l'encadrement des loyers dans les communes où le dispositif faisait défaut. Cependant, ce dispositif fut finalement un échec puisque les arrêtés préfectoraux pris à Paris et Lille ont été annulés par la Cour administrative d'appel au motif qu'ils auraient dû concerner toute l'agglomération parisienne et lilloise et non les seules capitales. L'encadrement des loyers par la loi ALUR s'est donc révélé être un véritable échec, pourtant cela ne signifie pas qu'il soit définitivement enterré. En effet, la loi ELAN définit un régime d'encadrement des loyers qui n'est désormais applicable qu'à titre expérimental pour une durée de cinq ans, et selon la volonté de chaque commune.⁹⁹ Ainsi les communes dites « tendues » et répondant aux conditions fixées par la loi ELAN peuvent adopter ce dispositif, permettant au préfet de fixer par arrêté des loyers de référence (loyer médian, loyer de référence majoré, loyer de référence minoré). Les propriétaires ayant des biens dans les communes appliquant ce dispositif (pour l'instant simplement Paris et Lille l'ont adopté) devront fixer leur loyer en fonction de l'arrêté du préfet. Le loyer ne pourra pas excéder le loyer de référence majoré, fixé par le préfet, et le bailleur ne respectant pas ce dispositif s'expose à une action en diminution du loyer. De plus, la loi ELAN introduit la possibilité pour le préfet de département de sanctionner, après mise en demeure, les propriétaires ne respectant pas les plafonds de loyers préfectoraux, et ce

⁹⁸ CE, 15 mars 2017, n°391654.

⁹⁹ Article 17 de la loi 1989.

même si le locataire ne conteste pas son loyer : le préfet peut infliger une amende pouvant atteindre 5.000 € pour une personne physique et 15.000 € pour une personne morale. Cette mesure si elle permet de faciliter l'accès au logement, bride le propriétaire qui ne peut plus fixer son loyer librement dans ces communes.

Si la loi de 1989 porte atteinte au droit de propriété et à la liberté contractuelle, il semble tout de même qu'elle reste globalement respectueuse des droits et libertés fondamentaux des contractants. C'est en tout cas ce qu'affirme le Conseil constitutionnel qui a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution. Dans une décision du 20 mars 2014, il affirme ainsi que : « *L'article 5 modifie l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 relatif au congé qui peut être donné par le bailleur au locataire. Il apporte une protection accrue aux locataires âgés disposant de faibles ressources, ce qui n'est pas contraire à la Constitution* »¹⁰⁰. Ainsi, la disposition sur les « locataires protégés » est respectueuse de la Constitution. De même, concernant l'encadrement des loyers « *L'article 6 met en place un encadrement des prix des loyers dans les zones d'urbanisation de plus de 50 000 habitants connaissant des difficultés sérieuses d'accès au logement [...] Ce mécanisme est institué dans le but de lutter contre les difficultés d'accès au logement. Le Conseil a jugé ces dispositions conformes à la Constitution* »¹⁰¹.

Pour juger ces deux articles susmentionnés conformes à la Constitution, les Sages précisent à chaque fois les raisons pour lesquelles ils ont été mis en place : l'un pour protéger le locataire âgé, l'autre pour faciliter l'accès au logement. Ainsi, le Conseil constitutionnel qui exerce un contrôle *a priori* considère que les atteintes au droit de propriété sont finalement proportionnées à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Par ailleurs, les Sages ont depuis 2009 l'occasion de se prononcer *a posteriori* sur la constitutionnalité d'une disposition législative contestée par un justiciable : il s'agit de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cependant, rares sont les QPC qui ont réussi à passer le filtre de la Cour de cassation.¹⁰² En effet, par exemple dans une décision du 20 juin 2019, la Cour de cassation répond à un justiciable invoquant

¹⁰⁰ Cons. const., décision n° 2014-691 DC du 20 mars 2014, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² V. par exemple, pour des questions non transmises au Conseil constitutionnel : QPC, Civ. 3^e, 20 juin 2019, n° 19-40.009, *D.* 2019. 1336 ; QPC, 28 juin 2018, n° 18-40.015 ; QPC, 16 janv. 2018, n° 17-40.059 ; QPC Civ. 3^e, 9 févr. 2017, n° 16-22.445, *D.* 2017. 1149, obs. N. DAMAS ; *ibid.* 2018. 1117, obs. N. DAMAS ; *A.J.D.I.* 2017. 444, obs. N. DAMAS ; QPC Civ. 3^e, 3 déc. 2015, n° 15-18.194, *D.* 2016. 1102, obs. N. DAMAS ; *A.J.D.I.* 2016. 430, obs. N. DAMAS ; QPC, Civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 15-40.009, *D.* 2016. 1102, obs. N. DAMAS.

la contrariété de l'article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution¹⁰³ à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement : « celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions de l'article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution [...] s'inscrivent dans un dispositif global destiné à protéger les locaux servant à l'habitation et à faciliter le relogement des occupants, tendent à assurer la nécessaire conciliation entre le droit de propriété, droit constitutionnel [...] D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ». Et les QPC qui parviennent jusqu'au Conseil constitutionnel sont généralement rejetées, comme celle du 22 février 2019¹⁰⁴, relative à la pénalité en cas de retard de restitution du dépôt de garantie. Ainsi, le législateur créancier de l'objectif constitutionnel qu'est la possibilité de disposer d'un logement décent a mis en place un certain nombre de normes permettant de parvenir à cet objectif et ce même si une certaine atteinte est portée au droit de propriété. La réglementation stricte des baux d'habitations, si elle reste perfectible, est révélatrice d'un fort interventionnisme législatif permettant une protection efficace du locataire¹⁰⁵.

Pourtant, certains comportements du locataire restent largement discutables. Le professeur Philippe Malinvaud prend pour exemple la conformité des états des lieux d'entrée et de sortie¹⁰⁶. En effet, un dépôt de garantie d'un mois de loyer est généralement demandé au locataire, lors de la conclusion du bail d'habitation : celui-ci permet de couvrir les éventuels manquements du locataire (loyers ou charges impayés, réalisation des réparations locatives, etc.). Ce dépôt doit être restitué au locataire lors de sa sortie du logement dans un délai d'un mois ou deux mois selon la conformité ou la non-conformité des états des lieux (d'entrée et de sortie)¹⁰⁷. Or, le professeur observe un véritable changement des « *us et coutumes* » : il explique que désormais le locataire s'attend à ce que le logement soit impeccable, exempt de tous travaux « *un peu comme un logement AIRBNB* », et lors de sa sortie du logement il est toujours persuadé d'avoir satisfait ses obligations d'entretien, ce qui n'est que rarement le cas. Ainsi, la conformité des états des lieux n'est pas perçue de la même façon par le bailleur et le locataire. De plus, le bailleur est souvent obligé de réaliser des travaux importants, dépassant largement le montant du dépôt de garantie, lors de la sortie du locataire, afin de pouvoir relouer son appartement à un nouveau

¹⁰³ Relatif à la suppression du délai de deux mois suivant le commandement d'avoir à libérer les lieux lorsque les occupants sont entrés dans les lieux par voie de fait.

¹⁰⁴ C.C., décision n° 2018-766 QPC du 22 février 2019, *Mme Sylviane D.* [Majoration du dépôt de garantie restant dû à défaut de restitution dans les délais prévus].

¹⁰⁵ V. Sur ce point : N. DAMAS, « Trente ans de la loi du 6 juillet 1989 : points de rupture et d'équilibre », *A.J.D.I.*, 2019. 754.

¹⁰⁶ P. MALINVAUD, « Propriétaire versus locataire et vice versa », *R.D.I.* 2020 p. 53.

¹⁰⁷ Article 22 de la loi de 1989.

locataire qui s'attend à un logement impeccable¹⁰⁸. Ces travaux sont en plus difficiles à amortir, lorsque le taux de rotation des locataires est important.

C'est l'une des nombreuses raisons pour laquelle, les propriétaires se tournent de plus en plus vers la location saisonnière, moins encadrée, plus souple et plus rentable.

3. La location saisonnière : un régime favorable au droit au logement

La location saisonnière n'entre pas dans le champ d'application de la loi de 1989, c'est pourquoi le législateur a dû imposer des normes permettant de protéger ce type de locataire. La loi n° 70-9 du 2 janvier 1970¹⁰⁹ définit la location saisonnière comme « *la location d'un immeuble conclue pour une durée maximale et non renouvelable de quatre-vingt-dix jours consécutifs* »¹¹⁰. En effet, comme son nom l'indique, la location doit être temporaire elle n'a pas vocation à durer dans le temps.

La durée de ce type de location lui permet donc d'échapper à la réglementation du bail d'habitation¹¹¹. Ainsi, la liberté contractuelle demeure la règle dans ce type de contrat : les parties sont libres de négocier le prix, la durée et les conditions du contrat. Néanmoins, des règles viennent encadrer ce contrat spécifique, notamment depuis la prolifération des plateformes numériques telles que AIRBNB qui permettent la location de biens immobiliers en ligne. Il devenait essentiel d'encadrer le régime de la location saisonnière des meublés de tourisme. Ainsi, le contrat de location saisonnière est régi par les articles 1709 et suivants du Code civil, complétés par les articles L. 324-1 et suivants du Code du tourisme. De plus, la loi ALUR de 2014 est venue encadrer les meublés touristiques de courte durée, en fixant des règles plus ou moins strictes selon qu'elles portent sur la résidence principale ou secondaire du loueur.

Tout d'abord, l'article L324-1-1 du Code de tourisme définit les meublés de tourisme comme étant « *des villas, appartements ou studios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile et qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois* ». Le meublé de tourisme a donc vocation à devenir le logement du locataire pour une courte durée, il s'agit bien d'une

¹⁰⁸ Plafonné généralement à un mois de loyer par la loi de 1989.

¹⁰⁹ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

¹¹⁰ Article 1-1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

¹¹¹ Sur l'incompatibilité entre location saisonnière et utilisation des lieux à titre d'habitation principale, v. Cass. 3e civ., 5 nov. 2015, n° 14-20.295 : *JurisData* n° 2015-024790 ; *Loyers et copr.* 2016, comm. 10.

location saisonnière. Ce meublé de tourisme doit parfois faire l'objet d'une déclaration. En effet, l'article L324-1-1 prévoit qu'il doit être déclaré à la mairie de la commune où est situé le bien. Il existe plusieurs types de déclarations suivant la commune où se situe le bien et suivant qu'il s'agit de la résidence principale ou secondaire.

Pour les résidences secondaires, la déclaration est obligatoire, cependant la procédure n'est pas toujours la même suivant la commune où est situé le bien : parfois il s'agira de demander l'autorisation de changement d'usage puis de déclarer le meublé en mairie (c'est le cas lorsque la mairie utilise un numéro de déclaration : Paris, Lyon, Cannes, Bordeaux par exemple). Si le bailleur n'a pas obtenu l'autorisation de changement d'usage, il risque une amende civile pouvant aller jusqu'à 50 000 €¹¹². À Paris, la politique de la location saisonnière est encore plus stricte : en effet, pour éviter la pénurie de logements, la mairie de Paris a assorti l'autorisation de changement d'usage d'une obligation de compensation. Il s'agit de transformer des surfaces commerciales en logements, pour compenser la perte de surfaces d'habitation du local transformé. Par exemple, si le bailleur transforme un studio de vingt-cinq mètres carrés en meublé touristique alors il devra proposer une surface d'habitation nouvelle de cinquante mètres carrés à l'appui de sa demande de changement d'usage. Cette démarche est pratiquement impossible tant elle est fastidieuse et le coût est exorbitant : ainsi, peu de bailleurs réalisent la démarche. Cette mesure mise en place à Paris porte atteinte au droit de propriété de façon implicite : en bridant le propriétaire qui ne peut plus faire ce qu'il souhaite de son bien, le changement d'usage étant extrêmement compliqué. Par ailleurs, pour les villes de plus de 200.000 habitants¹¹³, il faudra faire la déclaration de changement d'usage puis obtenir l'autorisation (la sanction du défaut d'autorisation est aussi de 50 000 euros) et enfin dans toutes les autres communes il s'agira d'une déclaration simple sans autorisation : le défaut de déclaration est sanctionné de 450 euros.

De plus, en principe, la déclaration n'est pas obligatoire lorsqu'il s'agit de la résidence principale du bailleur¹¹⁴. La résidence principale est entendue au sens de l'article 2 de la loi de 1989, le bailleur doit occuper le logement au moins huit mois par an. Ainsi, par exemple, aucune déclaration n'est obligatoire si le bailleur loue sa résidence principale seulement pour les deux mois d'été. Cependant, face à la prolifération des plateformes en ligne, la loi « pour une République numérique » offre la possibilité à certaines communes (celles de plus de 200 000 habitants, pour l'essentiel) de mettre en place une procédure de

¹¹² Code du tourisme, articles L324-1 à L324-2-1.

¹¹³ Toutefois, toutes les communes peuvent faire le choix de cette procédure, même si elles ont moins de 200 000 habitants.

¹¹⁴ Au sens de l'article 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

déclaration en mairie du logement afin d'obtenir « un numéro de déclaration » devant être publié dans leur annonce¹¹⁵. La loi a pour but de contrôler les propriétaires qui louent leur logement principal de façon occasionnelle à des fins touristiques. Le décret « AIRBNB » de 2017 vient préciser cette procédure : dorénavant, les communes peuvent se réserver le droit de contraindre les propriétaires de meublés en tourisme à disposer d'un numéro d'enregistrement (c'est le cas de Paris, Lyon, Annecy, Bordeaux, Aix-en-Provence, etc.)¹¹⁶. Ainsi, dans ces grandes villes, le principe est devenu exception. Désormais, les propriétaires qui louent leur résidence principale devront le déclarer à la mairie. Cette obligation permet de surveiller les propriétaires. En effet, rappelons que la location saisonnière de la résidence principale ne peut excéder 120 jours. À cette fin, le numéro d'enregistrement permettra de veiller à ce que les propriétaires ne dépassent pas la limite de 120 jours. D'autre part la commune peut demander à la plateforme de lui communiquer le nombre de jours au cours desquels le meublé de tourisme ayant tel numéro a fait l'objet d'une location par son intermédiaire¹¹⁷. Une fois les 120 nuitées dépassées, le logement est considéré comme une résidence secondaire et non plus comme une résidence principale, et doit faire l'objet d'une nouvelle déclaration ou autorisation de changement d'usage auprès de la commune. L'objectif est d'éviter les abus des propriétaires qui font une concurrence déloyale à l'hôtellerie, mais aussi et surtout d'éviter une pénurie de logement longue durée. En effet, louer à court terme signifie retirer le logement du parc locatif longue durée et Fabrice Abraham, Directeur général du réseau Guy Hoquet, constate « *depuis de longs mois déjà sur le terrain que les zones tendues souffrent de propriétaires se détournant d'un bail de longue durée, préférant proposer ce même bien à la location saisonnière car plus rémunérateur. Ce phénomène contribue à ce que le marché déséquilibré entre offre et demande se tende de plus en plus et les prix grimpent inexorablement...* »¹¹⁸. Les locations saisonnières sont-elles réellement plus rentables que la location classique ? En octobre 2017, le cabinet Asterès a étudié la question à partir du site d'AIRBNB¹¹⁹. L'étude dévoile qu'à partir de 126 nuitées, la location saisonnière sur AIRBNB est plus rentable qu'une location classique sur toute l'année : « *À titre d'exemple, à partir de la 200e nuit, là où une location via Airbnb à Bordeaux génère un bénéfice de près de 3500 euros par an, le profit réalisé avec une location classique se limite à un peu plus de*

¹¹⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JO n°0235 du 8 octobre 2016.

¹¹⁶ Décret n° 2017-678 du 28 avril 2017 relatif à la déclaration prévue au II de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme et modifiant les articles D. 324-1 et D. 324-1-1 du même code, JO n° 0102 du 30 avril 2017.

¹¹⁷ Article 145 de la loi ELAN.

¹¹⁸ H. DUPUY, « Airbnb : de nouvelles amendes pour les loueurs qui ne sont pas dans les clous », Les Échos, 1^{er} mars 2018.

¹¹⁹ F. BRILLET, « Loueurs ou locataires : à qui profite le plus Airbnb ? », Capital, 19 Avril 2019.

1000 euros »¹²⁰. Ainsi, si la durée légale de 120 jours est souvent dépassée par les propriétaires c'est souvent parce que la location saisonnière est plus rentable que la location classique. De plus, dans la location saisonnière, le droit de propriété du bailleur est moins mis à mal que dans la location à l'année soumise à la loi de 1989. La possibilité laissée aux communes de contrôler le nombre de nuitées via les numéros de déclaration permettra donc de réduire les abus, d'autant que les sanctions sont très dissuasives. En effet, le bailleur risque jusqu'à 5 000 euros d'amende en cas d'absence du numéro d'enregistrement dans son annonce et il s'expose à une amende de 10 000 euros s'il loue plus de 120 nuits ou s'il refuse de transmettre le décompte des nuitées des locations.

Ainsi, en posant un nombre de nuitées maximum et en offrant les moyens de contrôle et de sanction nécessaires, la loi régule les abus et permet une meilleure rentabilité. Si le bailleur perçoit plus de revenus en location saisonnière qu'en location classique, son choix se portera sur la location à court terme, d'autant que cela lui permettrait d'échapper aux nombreuses contraintes du bail d'habitation. Et si le bailleur ne loue plus en location longue durée, alors cela générerait une véritable crise du logement ! En effet, les locataires seraient obligés de louer sur une courte durée et bien plus cher. D'autant qu'ils ne seront plus autant protégés que dans le bail d'habitation : aucune stabilité ne leur est assurée. C'est pourquoi, il est nécessaire que les pouvoirs publics régulent cette activité aussi bien pour les résidences secondaires, via l'obligation de déclaration et d'autorisation, que pour les résidences principales. D'ailleurs, à Paris, les élus souhaitaient même diminuer le nombre maximum de nuitées pour passer à 60. Cependant, l'amendement n'a pas été accepté par l'Assemblée nationale en octobre 2019. Le maire de Paris a fustigé les élus ayant voté contre l'amendement car : « *ils jurent la main sur le cœur qu'ils sont prêts à s'attaquer aux plates-formes de location de meublés de courte durée, mais en réalité ils votent systématiquement pour conforter leurs intérêts. Ce double discours ne va pas dans le sens de ce que nous demandent les Parisiennes et les Parisiens, à savoir d'encadrer davantage ce mode de location qui impacte l'accès au logement et la vie de nos quartiers* »¹²¹. S'il est clos pour le moment, le débat ne tardera sûrement pas à refaire surface : l'encadrement de ce type de location étant nécessaire pour éviter une crise du logement, et la législation française est relativement clémente sur ce point par rapport aux autres pays du monde (à Londres, Seattle ou San Francisco la durée maximale de location est de 90 jours, à New-York elle est de 30 jours¹²²!).

¹²⁰ G. ERRARD, « À Paris, louer sur Airbnb est rentable à partir de 126 nuits par an », *Le Figaro Immobilier*, 2 mars 2018.

¹²¹ C. HENRY, « Paris : un amendement pour limiter le nombre de nuitées Airbnb », *Le Parisien*, 18 octobre 2019.

¹²² L. MOTET, « Locations saisonnières : que dit la loi ? », *Le Monde*, 4 août 2017.

Par ailleurs, selon l'article L324-2 du Code de tourisme, le contrat de location saisonnière doit être conclu par écrit et contenir l'indication du prix demandé ainsi qu'un état descriptif complet des lieux. C'est une obligation d'information, le locataire doit savoir exactement ce qu'il va louer. En cas de renseignements inexacts, le bailleur risque une amende de 4^{ème} classe, voire une annulation du contrat pour vice de consentement comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation le 11 mai 1993¹²³.

Enfin, le bailleur doit répondre à un certain nombre de normes pour pouvoir louer son bien en location saisonnière. En premier lieu, la location n'a pas à répondre aux critères de décence telle que la surface des pièces ou les normes énergétiques, fixés par le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002, mais il doit répondre aux normes fixées par le décret n° 87-149 du 6 mars 1987. Celui-ci pose des exigences concernant les dimensions des pièces, l'étanchéité et l'entretien du logement, la luminosité et la ventilation, la composition de la cuisine et de la salle d'eau, de l'alimentation en gaz, électricité et eau, etc.) Le bailleur a tout intérêt à respecter ces normes et à offrir un logement décent. Dans le cas contraire, le locataire pourrait engager la responsabilité du bailleur pour inexécution contractuelle en cas de logement indécent : ce sont les sanctions du Code civil qui s'appliquent.

Toutefois, il n'en reste pas moins que la réglementation de la location saisonnière deviendra sûrement plus stricte dans les années à venir tant cette dernière prolifère, et ce afin de préserver le droit au logement. Comme dans le cadre du bail d'habitation, il semble que des atteintes au droit de propriété soient nécessaires pour pouvoir atteindre cet objectif constitutionnel de décence du logement. L'on admet le principe d'une limitation du droit de propriété pour répondre à des exigences d'intérêt général, tel que les objectifs sociaux. Mais limitation ne peut signifier dénaturation. François Luchaire, considère le droit de propriété comme un droit « artichaut » : « *même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même ; sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît* »¹²⁴. Alors jusqu'où peut-on porter atteinte au droit de propriété ? À partir de quel moment basculons-nous dans la dénaturation ? À quel moment touche-t-on le cœur même du droit de propriété ?

¹²³ Civ., 3ème, 11 mai 1993, n° 1993-001695.

¹²⁴ F. LUCHAIRE, « La Constitution et la propriété », *ibid.*

II. Le risque d'une dénaturation du droit de propriété

La recherche d'un équilibre entre droit de propriété et droit au logement est aujourd'hui un véritable échec. En effet, le droit au logement n'a cessé de porter atteinte au droit de propriété par le biais de législations protectrices du locataire. Le droit de propriété absolu ô combien adoré par les révolutionnaires n'existe plus. Pour autant, ces limitations sont nécessaires pour parvenir à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Mais il est impératif de trouver la frontière entre limitation et dénaturation. En effet, le droit de propriété, s'il peut être limité, ne doit pas être dénaturé par le droit au logement. Or, les atteintes, toujours plus vigoureuses, toujours plus véhémentes, se multiplient dans le but de protéger les locataires au détriment du propriétaire. Et ces atteintes finissent par mettre en danger le droit de propriété qui est aujourd'hui menacé (A). Face à ce risque de dénaturation du droit de propriété, il est indispensable de réfléchir à des pistes permettant de rééquilibrer le droit de propriété et le droit au logement. Car cet équilibre inassouvi à l'heure actuelle est pourtant indispensable en ce qu'il permet aux deux droits de coexister. En effet, si le droit au logement et le droit de propriété se confrontent naturellement, cela ne signifie pas qu'ils sont inconciliables. Mais cette conciliation n'est possible que si chaque droit peut être garanti sans mettre en péril l'un d'entre eux. C'est pourquoi il est nécessaire de trouver des solutions permettant la sauvegarde du droit de propriété (B).

A. Un droit de propriété menacé

Le Conseil constitutionnel affirme dans une décision du 25 juillet 1989¹²⁵ que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le Préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété* ». Si le droit de propriété n'est pas remis en cause dans son principe, les propriétaires sont tout de même de plus en plus astreints. Certaines limitations du droit de propriété sont trop vigoureuses et contribuent à la dénaturation du droit de propriété. En effet, en premier lieu, le droit européen est amené à fragiliser le droit de propriété français avec la conception de « la propriété du logement » (1). De même, le droit national ébranle gravement les droits des propriétaires en voulant protéger le locataire, notamment avec la réquisition et la taxation des logements vacants (2) ou en permettant le transfert du bail en cas

¹²⁵ C.C, décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*.

du décès du locataire (3). Ces limites au droit de propriété sont violentes et entraînent une réelle dénaturation du droit fondamental.

1. La « propriété du logement » : une notion européenne

En 1952, le droit de propriété est reconnu dans le Protocole additionnel n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui dispose que : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international [...]* » (article 1^{er}). Cette reconnaissance est semblable à la définition du droit de propriété posée par la DDHC : un droit de propriété garanti mais auquel il est possible de porter atteinte si l'intérêt général le commande. Ainsi, à première vue, la notion de droit de propriété est perçue de la même façon par le droit européen et le droit national. Pourtant au fil des jurisprudences de la Cour EDH, l'on a pu remarquer une certaine divergence de points de vue. Ainsi, en 2006 dans un arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne*¹²⁶, la CEDH a eu l'occasion d'exposer son raisonnement concernant le droit de propriété et laissait déjà apparaître quelques différences avec les juridictions françaises. En l'espèce, une propriétaire se plaignait du plafonnement des loyers à un niveau si faible qu'elle ne parvenait pas à compenser les frais d'entretien, ni *a fortiori* à réaliser un profit. Elle réclamait ainsi la libéralisation des loyers. La Cour conclut à la violation du droit de propriété car la propriétaire avait subi une charge disproportionnée puisqu'elle n'avait pas été dédommée de l'effort demandé. Cependant, la Cour considère que la réglementation des loyers et son plafonnement inférieur au prix du marché n'est pas une violation du droit de propriété. En effet, la Cour estime que cette réglementation est faite dans l'intérêt général, ce qui justifie l'entorse au droit de propriété. Il est nécessaire de plafonner les loyers pour permettre à chacun de trouver un logement, cette mesure est prise dans l'intérêt général. Pour autant, cette entorse au droit de propriété doit être accompagnée de compensations pour ne pas léser le propriétaire. Or le législateur polonais n'a pas mis en place de « *mécanisme juridique qui permette aux propriétaires au moins de compenser les pertes entraînées par l'entretien de leurs biens [...] l'État n'a pas donné aux propriétaires la possibilité de percevoir des loyers en rapport raisonnable avec le coût d'entretien de leurs biens* ». En conséquence, la Cour vient affirmer que le droit de propriété peut faire l'objet d'atteintes et de restrictions afin de permettre à tous d'accéder au logement mais qu'un mécanisme doit être mis en place afin de compenser les pertes des propriétaires, auquel cas cela viole le droit de propriété. Dans cet arrêt, la Cour EDH ne pose pas de hiérarchie entre le droit de propriété et le droit au logement, elle ne vient jamais dire que le droit de propriété est plus absolu ou plus fondamental que le

¹²⁶ CEDH, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne* (affaire n° 35014/97).

droit au logement. Au contraire, elle recommande un « *mécanisme destiné à ménager un équilibre entre les droits des propriétaires et ceux des locataires* » afin d'« *établir un équilibre entre l'intérêt des propriétaires à tirer un profit de leurs biens et les autres intérêts en jeu.* » Ainsi, la Cour EDH se distingue quelque peu de nos juridictions nationales, il semble qu'elle place le droit de propriété et le droit au logement sur un même piédestal : l'un ne peut être subordonné à l'autre. Elle l'affirme, le droit de propriété peut faire l'objet d'atteintes lorsqu'il est question de l'intérêt général : la possibilité de loger tout un chacun est bien un motif d'intérêt général. *A contrario*, en France, le droit de propriété, droit fondamental et le droit au logement objectif constitutionnel n'ont point la même valeur. En effet, il est à rappeler que le droit au logement est une finalité assignée au législateur créancier de cet objectif. Il ne s'agit en aucun cas d'un droit subjectif au logement permettant à chacun de revendiquer le droit d'obtenir concrètement un logement.

Deuxième différence avec nos juridictions nationales : la Cour EDH retient une conception particulièrement large de la notion de biens susceptibles d'appropriation. À travers la notion de biens, la Cour a étendu celle de propriété tout en tentant d'harmoniser et de rassembler les visions de chaque pays. Ainsi, dans l'affaire *Marckx c/ Belgique* elle exprime la corrélation forte entre biens et propriété : « *En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots "biens", "propriété", "usage des biens", en anglais "possessions" et "use of property", le donnent nettement à penser ; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque : les rédacteurs n'ont cessé de parler de "droit de propriété" pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1. Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété* »¹²⁷. Ainsi, la Cour estime dans cet arrêt que la notion de respect des biens équivaut au droit de propriété. De même, dans un arrêt *Gasus c/ Pays-Bas*, « *La Cour rappelle que la notion de "biens" (en anglais: possessions) de l'article 1 du Protocole no 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition* »¹²⁸. Ainsi, au fil de sa jurisprudence, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la protection de la propriété de multiples biens qu'ils soient meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, des clientèles, des créances, des actions, des brevets, une sentence arbitrale, etc. Aussi la question se pose indéniablement : le domicile pourrait-il être une propriété pour le locataire ? Le locataire serait-il titulaire d'un

¹²⁷ CEDH, 13 juin, 1979, *Marckx c/ Belgique* (affaire n° 6833/74).

¹²⁸ CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier un Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas* (affaire n° 15375/89).

droit de propriété ? En France cela est impossible, pourtant dans la moitié des pays d'Europe c'est bien le cas.

Afin de comprendre cette divergence, il convient de distinguer deux types de droits de propriété : l'un est un droit allodial (direct et collatéral) hérité du droit romain, l'autre est un droit dérivé et linéaire issu de la *Common Law*.¹²⁹ Dans les pays latins, le droit de propriété est une relation exclusive de l'individu à la chose possédée. *A contrario*, dans les pays de *Common Law*, la propriété est un octroi de jouissance moyennant une contrepartie. Ainsi, « *dans le système anglais de propriété dérivée et linéaire, la propriété n'est souvent que partielle et dépendante d'autrui et le transfert des droits de propriété n'est que rarement, voire jamais, complet et définitif [...] ce sont les relations d'obligations personnelles entre le ou les propriétaires et les tiers eu égard au bien approprié qui sont premières, et non le lien par lequel la chose appropriée leur est attachée. Selon la doctrine des tenures, en effet, aucune terre n'était détenue en pleine propriété, mais seulement par tenure, c'est-à-dire sous condition d'obligations personnelles vis-à-vis du supérieur féodal* »¹³⁰. Finalement, dans le droit anglais, la propriété du sol est une situation juridique du fait de la possession. *A contrario* « *en droit foncier français, tant le droit de propriété que ses démembrements doivent être transférés dans leur plénitude, sans que l'auteur du transfert puisse se réserver une part de contrôle sur le droit cédé* »¹³¹. Cette divergence de notion du droit de propriété influe nécessairement en matière de droit au logement. Dans les pays héritiers du droit romain, le droit au logement est un droit social qui relève de la responsabilité de la puissance publique, créancier de ce droit. Le droit au logement est une protection accordée aux locataires face aux éventuels abus des propriétaires. C'est pourquoi, droit au logement et droit de propriété rivalisent quotidiennement. En revanche, dans les pays de *Common Law*, le droit dérivé permet à plusieurs personnes de prétendre à un droit de propriété partiel sur le logement. Le juge a pour but de déterminer les droits de propriété de chacun. Ainsi, le droit au logement ne s'oppose pas au droit de propriété, bien au contraire, le droit au logement s'appuie sur le droit de propriété. C'est le droit de propriété qui permet de protéger le droit au logement dans les pays de *Common Law*, notamment au Royaume-Uni. Le domicile peut même être une composante du droit de propriété¹³². En effet, la notion de propriété a été influencée par le philosophe John Locke qui conçoit la propriété comme ce qui est propre à l'homme (leurs biens, leur vie, leur liberté, etc.). Le

¹²⁹ M. GALEY, "C. R. Noyes' Typology of Property Systems. A Tool for the Contextualized Evaluation of Private, Public and Common Property Regimes", in C. EBERHARD, *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007, 549 pp., spéc. pp. 89-125.

¹³⁰ M. UHRY, « L'impact du droit européen sur le droit au logement : l'exemple du droit de propriété » – <https://www.habiter.org/wp-content/uploads/Article-Alpil-FEANTSA-2008.pdf>

¹³¹ *Idem*.

¹³² CEDH, 21 février 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni* (affaire n° 8793/79).

domicile étant propre à l'individu il doit nécessairement revêtir une dimension de propriété. « *Au Royaume-Uni, la non-prise en charge des demandeurs d'asile accueillis en hôtel, lorsqu'ils sont déboutés de leurs démarches administratives a été considérée comme 'un traitement inhumain et dégradant', parce que sur le fond, cela attente aux possibilités d'exercice de l'égale dignité, c'est-à-dire à leur propriété, au sens du concept de property, les conditions de la singularité, de l'individu comme sujet* »¹³³.

Le droit européen a dû jongler entre ces deux notions de propriété et les harmoniser. Ainsi, au fil de sa jurisprudence, la Cour a élargi la notion de biens susceptibles d'appropriation comme on l'a vu précédemment : dans un arrêt *Mellacher c/ Autriche*, elle vient même reconnaître les droits découlant du statut de locataire comme un bien¹³⁴. Dans l'arrêt *Marckx* susmentionné, les juges expliquent ne pas être liés par les définitions nationales de « biens », de sorte qu'un intérêt substantiel (dont il était question dans cette espèce) peut être défini comme un bien. De même dans un arrêt *Stretch c./ Royaume-Uni*, elle affirme que le non-renouvellement du bail alors qu'une partie pouvait en avoir une espérance légitime a été considéré comme une entorse au droit de propriété¹³⁵. Ainsi, pour la Cour, ce n'est pas l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* qui déterminent la propriété mais plutôt l'intérêt substantiel ou l'espérance légitime. Par exemple, de nombreux recours russes ont été faits devant la Cour européenne à la suite de difficultés d'accès au logement alors que la Russie a une législation extrêmement protectrice du droit au logement. Dans une série d'arrêts, la Cour EDH a estimé que cette législation protectrice offrait une source d'espérance légitime aux russes et qu'ainsi, la difficulté d'accès au logement était une entorse à leurs droits de propriété¹³⁶. Le droit de propriété découle ici de la simple espérance légitime, or, au sens du droit français il n'y a là matière à aucun droit de propriété. La simple espérance légitime permet d'affirmer la violation de leur droit de propriété ! Par ailleurs, en 2002, la Cour estime que la notion de droit de propriété peut être mobilisée dans le cadre de la défense d'un habitant d'un bidonville illicite : « *la non-reconnaissance par les lois internes d'un intérêt particulier comme un 'droit' ni le fait que celles-ci ne confèrent pas à un tel intérêt la qualité d'un 'droit de propriété', n'empêchent pas forcément que l'intérêt en question puisse, dans certaines circonstances, passer pour un 'bien', au sens de l'article 1 du protocole n° 1* »¹³⁷. Ainsi, la Cour ne distinguerait

¹³³ M. UHRY, « La propriété du logement, soluble dans le droit européen ? » – <https://www.jurislogement.org/la-propri-du-logement-soluble-dans-le-droit-europ/>

¹³⁴ CEDH, 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c/ Autriche* (affaires n° 10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84).

¹³⁵ CEDH, *Stretch c/ Royaume-Uni*, 2002, (affaire n° 44277/98).

¹³⁶ CEDH, *Shevchenko c/ Russie*, 2008 (affaire n° 48243/11) ; *Novikov c/ Russie*, 2008 (affaire n° 7087/04), *Nagovitsine c/ Russie*, 2008 (affaire n° 27451/09), *Ponomarenko c/ Russie*, 2007 (affaire n° 14656/03).

¹³⁷ CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 2002 (affaire n° 48939/99).

pas « possession » et « propriété » dès lors que la possession revêt un intérêt pour celui qui possède. D'ailleurs, en anglais, le Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui dispose que : « *Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions* ». "*Possessions*" includes shares, patents, licences, leases and welfare benefits (provided they are enjoyed by legal right, not by discretion) ». L'article parle bien de « *possessions* » pour traduire à la fois « biens et propriété », ainsi la rédaction française et anglaise peut d'ores et déjà porter à confusion. En effet, l'article a été traduit dans les deux langues de manière à respecter les différentes cultures juridiques. Ainsi, la Cour EDH est devenue un théâtre important où se confrontent droit de propriété français et droit de propriété anglais. Et au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, la balance penche inexorablement en faveur du droit de propriété anglais. La Cour EDH invite à réformer la définition française du droit de propriété au profit de la propriété de l'usage.

Cette invitation a pu être entendue par le Conseil d'État, dans un arrêt *SCI Stéphaneur* et autres, qui a reconnu au droit de propriété le caractère de liberté fondamentale et affirmé le même caractère au droit pour le locataire de disposer librement de ses biens pris à bail, en tant que corollaire du droit de propriété¹³⁸. Le Conseil d'État procède ainsi à l'extension de la protection dont bénéficie le propriétaire au locataire et fait découler le droit du locataire du droit de propriété à l'instar du Royaume-Uni. Ainsi, le droit du locataire, droit personnel est qualifié de corollaire du droit de propriété, droit réel par excellence. Le Conseil d'État, en traitant le droit du preneur à bail comme un droit direct sur la chose, est accusé de brouiller « *les catégories et les notions qui assurent la cohérence et l'unité de ce droit* »¹³⁹. Plus indulgent, Yves Lequette affirme qu'« *en jouant sur l'ambiguïté du mot 'disposer' et en traitant le droit du preneur à bail comme un droit direct sur la chose, elle cherche à faire rejaillir sur celui-ci une partie de l'aura qui entoure le droit de propriété, afin que son titulaire puisse bénéficier du référé-liberté. L'objectif est louable. Mais il reste à l'atteindre autrement que par un tour de passe-passe* »¹⁴⁰.

Il est indéniable que la Cour EDH a une autorité et une influence notables en France. En observant le cheminement parcouru au fil de ses jurisprudences, il est possible de se rendre rapidement compte qu'il pourrait y avoir un jour une propriété du logement, comme c'est le cas dans de nombreux pays européens. Le fait est que la Cour EDH a été et sera amenée à bouleverser la jurisprudence française en termes de droit au logement.

¹³⁸ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres* (affaire n° 243338).

¹³⁹ T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA*, 2003, p. 370.

¹⁴⁰ Y. LEQUETTE, « Les droits du locataire sur les biens loués », *RFDA*, 2003, p. 386.

Une dimension de propriété peut-elle baigner la notion de domicile ou les droits accordés par bail ? Le contrat de bail pourrait-il un jour en France offrir un droit réel sur la chose du fait de la possession, comme au Royaume-Uni ? L'intérêt substantiel ou l'espérance légitime permettraient-ils d'affirmer une violation de la propriété en France ? Seul l'avenir nous le dira. Force est de constater que le droit de propriété français serait complètement dénaturé si les réponses à ces questions devenaient affirmatives. Si le droit de propriété se résume à la possession alors le droit de propriété français serait plus que menacé : il disparaîtrait.

2. La vacance du logement : un régime éprouvant pour le droit de propriété

Si le droit de propriété est menacé par un droit européen de plus en plus prégnant, il l'est tout autant par le droit national. En effet, un régime sévère entoure les logements vacants. Aujourd'hui en France, ne pas louer son bien coûte cher. Le propriétaire d'un logement qui ne le loue pas ampute le parc locatif d'un bien alors que ce logement pourrait loger une famille.

- Ainsi, l'État créancier de l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement décent a usé du levier fiscal afin de sanctionner les propriétaires ne louant par leur bien immobilier, par le biais de la loi relative à la lutte contre les exclusions en 1998¹⁴¹. En effet, cette loi institue à l'article 51 une taxe en fonction de la commune où est situé le bien, le propriétaire d'un logement inoccupé depuis plus d'un an doit s'acquitter d'une taxe sur les logements vacants en zone tendue (TLV) et dans les autres cas d'une taxe d'habitation sur les logements vacants (THLV)¹⁴². La taxe sur les logements vacants (à usage d'habitation) doit être payée par le propriétaire ou l'usufruitier d'un logement vacant depuis plus d'un an (au 1^{er} janvier de l'année d'imposition), situé dans une commune dite « *tendue* ». Il s'agit des communes appartenant à une zone d'urbanisation de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements¹⁴³. Il convient de rappeler qu'il s'est longtemps agi des communes appartenant à une zone d'urbanisation de plus de 200 000 habitants. Mais en 2012, le législateur a renforcé le champ d'application

¹⁴¹ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *JO* n°175 du 31 juillet 1998

¹⁴² Le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants instituée par l'article 232 du code général des impôts pose la liste des zones tendues en France.

¹⁴³ L'article 232 du Code général des impôts dispose que : « *La taxe annuelle sur les logements vacants est applicable dans les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de cinquante mille habitants où existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant [...]* ».

territorial de cette taxe en diminuant le nombre minimal d'habitants afin que la taxe s'applique dans plus de communes et donc à plus de propriétaires. Le législateur a eu cette volonté de sanctionner les propriétaires de logements vacants pour garantir le droit au logement. L'intérêt étant de les encourager à remettre leurs biens sur le marché locatif.

La taxe sur les logements vacants est basée sur la valeur locative du logement (comme la taxe d'habitation). Le taux appliqué est de 12,5 % la première année et de 25 % les années suivantes : l'évolution du taux la deuxième année prouve qu'il s'agit véritablement d'une sanction à l'encontre du propriétaire qui a tout intérêt à louer rapidement. Cependant, celui-ci sera exempté de la taxe lorsque des travaux d'un montant supérieur à 25% de la valeur du logement sont nécessaires pour le rendre habitable. De même si la vacance du logement est indépendante de la volonté du propriétaire il n'aura pas à payer cette taxe : par exemple, si la location du logement est proposée sur le marché mais qu'elle ne trouve pas preneur. Enfin, la taxe n'est pas due lorsque le logement est occupé plus de trois mois de suite ou qu'elle constitue une résidence secondaire meublée soumise à la taxe d'habitation. Il est indéniable que cette taxe porte atteinte au droit du propriétaire et plus exactement au droit du propriétaire de disposer librement de son bien. Que reste-t-il du droit de propriété si le propriétaire est sanctionné lorsqu'il décide de ne pas louer son bien ?

S'agissant des communes qui ne sont pas situées en zone tendues, elles peuvent décider de soumettre les propriétaires et usufruitiers à une taxe d'habitation sur les logements vacants depuis plus de deux ans (au 1^{er} janvier de l'année d'imposition)¹⁴⁴. On dénombre une cinquantaine de villes concernées par cette taxe d'habitation sur les logements vacants telles que Saint-Denis, le Tampon, Saint-Paul, Nîmes, Mulhouse, ou encore Tours. La THLV est basée sur la valeur locative du logement et le taux appliqué est le même que celui de la taxe d'habitation de la commune¹⁴⁵. De plus, les exonérations prévues pour la taxe des logements vacants susmentionnées s'appliquent pour la taxe d'habitation des logements vacants.

- Si taxer les propriétaires ne louant pas leur bien est une atteinte à leur propriété, la réquisition de ceux-ci l'est encore plus. En effet, cette même loi de 1998 crée en son article 52 une nouvelle procédure de réquisition de locaux destinés au logement, venant compléter celle issue de l'ordonnance de 1945. La loi insère ainsi un nouveau chapitre relatif à la « *réquisition avec attributaire* »

¹⁴⁴ L'instauration de la taxe d'habitation sur les logements vacants est seulement optionnelle ainsi le conseil municipal ou intercommunal décide de la mise en place de cette taxe, sous respect des conditions prévues à l'article 1407 bis du CGI (Code général des impôts).

¹⁴⁵ Le taux peut être majoré du taux de l'EPCI.

dans le titre IV du livre VI du Code de la construction et de l'habitation qui s'intitule dorénavant « *mise en œuvre du droit au logement par la réquisition* ».

Cette réquisition est l'acte par lequel une autorité administrative impose, dans un but d'intérêt général, à une personne, le transfert de propriété ou l'usage de son bien immobilier moyennant indemnité. La loi de 1998 pose une réquisition qui ne concerne que des locaux appartenant à des personnes morales, vacants depuis dix-huit mois et situés dans des communes tendues. Cette réquisition engendre une relation tripartite, en effet, entre le propriétaire et le bénéficiaire du logement, il y a un attributaire (aux termes de l'article L. 642-3, celui-ci peut être l'État, une collectivité locale, un organisme d'HLM, une société d'économie mixte...). Ainsi, la réquisition donne la jouissance des locaux à cet attributaire qui est chargé de les donner à bail à des personnes justifiant de ressources inférieures à un plafond fixé par décret. En effet, la relation entre l'attributaire et le bénéficiaire du logement est régie par la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation¹⁴⁶. De plus, la durée de la réquisition est d'un an minimum et de six ans maximum, cependant l'attributaire peut y réaliser des travaux de mise en conformité (aux normes de confort et d'habitabilité) permettant de justifier l'allongement de la durée de la réquisition jusqu'à douze ans.

Cette procédure est placée sous l'autorité du préfet, qui identifie les locaux vacants puis notifie l'intention de réquisitionner après avoir sollicité l'avis du maire. Si cet avis est positif le préfet adresse alors une lettre recommandée avec avis de réception dans laquelle il exprime aux propriétaires son intention de procéder à la réquisition de son bien. Le propriétaire dispose d'un délai de deux mois pour répondre, soit il accepte la réquisition soit il la refuse auquel cas il s'engage à mettre fin à la vacance de son bien sous trois mois ou à effectuer les travaux nécessaires à la location du bien. Si son bien est réquisitionné, le propriétaire a droit à une contrepartie déterminée en fonction d'un prix de base au mètre carré se situant à un niveau inférieur aux loyers « logement social ». Cependant, de la faible indemnité versée au propriétaire, est déduit l'amortissement du montant des travaux nécessaires effectués par l'attributaire. Aussi, finalement, du fait de cette déduction, c'est le propriétaire qui supporte le coût des travaux. Enfin, le propriétaire a un droit de reprise qu'il ne peut exercer qu'au bout de neuf ans à compter de la notification de l'arrêté de réquisition et sous réserve d'adresser à l'attributaire un préavis d'un an.

Pour Béatrice Vial-Pédroletti, ces dispositions sur les réquisitions, comme celles sur la taxation des logements vacants « *constituent de nouvelles atteintes au droit de propriété, plus particulièrement au principe de libre disposition de*

¹⁴⁶ Certaines dispositions de la loi de 1989 sont adaptées afin de prendre en compte la situation précaire du bénéficiaire qui n'aura pas de caution ou de dépôt de garantie par exemple.

son bien par le propriétaire, mais qui sont légitimées par le droit au logement du locataire »¹⁴⁷. Pourtant, selon le Conseil Constitutionnel, la réquisition des logements vacants ne constitue pas une atteinte au droit de la propriété. En 1998, les requérants estimaient devant lui que l'article 52 de la loi (portant sur la réquisition du logement vacant) « organise un 'quasi-transfert du droit de propriété au bénéfice de l'attributaire', puisque la durée de la réquisition peut être portée à douze ans, le titulaire du droit d'usage ne pouvant exercer son droit de reprise qu'après neuf ans de réquisition ; qu'en outre, l'indemnité versée par l'attributaire sera amputée des sommes correspondant à l'amortissement des travaux, 'ce qui fait peser sur le titulaire du droit d'usage le coût de la remise aux normes de son bien alors qu'il ne peut en disposer' »¹⁴⁸. Il est indéniable qu'au vu de l'article 52, la réquisition des logements vacants porte atteinte au droit de propriété dit « absolu ». Les Sages ne sont pas de cet avis puisqu'ils affirment que « si la mise en œuvre de la procédure de réquisition prévue par la disposition contestée n'emporte pas, par elle-même, contrairement à ce que soutiennent les requérants, privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle limite néanmoins, pour une période de temps déterminée, le droit d'usage des locaux réquisitionnés ; qu'une telle limitation, alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle, ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété »¹⁴⁹. Le Conseil Constitutionnel énonce par la suite les différentes garanties entourant la procédure de réquisition : la notification du droit d'usage par le préfet, l'énoncé du motif et de la durée de la réquisition, la faculté laissée au propriétaire de mettre fin à la vacance, etc. Selon lui, ces différentes garanties permettent d'affirmer que les dispositions de l'article 52 « ne portent pas au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution ». Bertrand Mathieu explique à ce propos que « les requérants estimaient que la réquisition, par elle-même, entraînait la privation du droit de propriété. Si le Conseil répond que tel n'est pas le cas en l'espèce, c'est pour préciser aussi que la limitation du droit d'usage n'est possible que si elle ne dénature pas, par sa gravité, le sens et la portée du droit de propriété. Si ce droit peut être limité pour répondre à un objectif constitutionnel, cette limitation ne doit pas être excessive et porter atteinte à la substance du droit de propriété. Dans le cadre de cet examen, le juge constitutionnel examine précisément les garanties de procédure et de fond qui sont accordées par la loi au propriétaire du bien »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ B. VIAL-PÉDROLETTI, « La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement », *JCP N*, 1998, p. 1687.

¹⁴⁸ C.C., décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ B. MATHIEU, « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », *Le Genre Humain*, 2002, pp. 215-231.

Si finalement réquisitionner le bien d'une personne morale qui ne peut plus s'en servir durant douze ans ne dénature pas le droit de propriété, alors à quel moment est-il dénaturé ? Où commence la dénaturation ? D'après Hélène Pauliat, le droit de propriété est voué à disparaître au profit du droit au logement, puisqu'en effet « *si, juridiquement, le titre de propriété reste essentiel, la pression sociale ne peut que s'opposer à la vacance et l'inutilité du bien. C'est semble-t-il dans cette voie que s'est engagé le président du Tribunal de Saintes qui, par une ordonnance, a fait clairement prévaloir le droit au logement sur le droit de propriété comme étant, à un moment donné, socialement plus utile que le droit de propriété en tant que tel. Une telle démarche conduit à admettre que l'ensemble des réquisitions de logements appartenant à des personnes physiques ou morales, mais non occupés, sera toujours justifié par l'obligation morale et sociale à la fois de loger les démunis* »¹⁵¹. Ainsi, le droit au logement prime le droit de propriété parce que le droit au logement a une fonction sociale et morale. Finalement, le droit au logement permet quelque part de garantir l'intérêt général contrairement au droit de propriété nécessairement individualiste. Et l'intérêt général finit toujours par primer l'intérêt individuel : « *La propriété devient inutile, voire nuisible, les prérogatives du propriétaire sans objet et presque scandaleuses si le bien et le droit ne servent pas à l'intérêt de la société* »¹⁵². Pour Frédéric Zenati, la réquisition du logement pourrait être « *la suite annoncée par une prophétie funèbre annonçant l'enterrement du droit de propriété sous l'effet de la montée en puissance du droit au logement* »¹⁵³.

En 2018, la France comptait trois millions de logements vacants : soit trois millions d'appartements ou de maisons qui auraient pu permettre à des familles d'avoir un endroit où vivre¹⁵⁴. Pour le ministre chargé de la Ville et du Logement, Julien Denormandie, cette situation est « *inacceptable* »¹⁵⁵, c'est pourquoi il a lancé le 10 février 2020 un plan national de mobilisation des logements vacants. Ce plan repose sur trois principes : identifier, inciter et, si nécessaire, réquisitionner. Il s'agit ainsi d'identifier les zones où il y a le plus de logements vacants pour en comprendre la cause. Il faut inciter les propriétaires à remettre ces biens sur le marché : grâce à la garantie Visale (l'État se porte caution) et à la plateforme Facilhabitat qui permet de demander des aides financières pour la rénovation du bien. Si l'incitation ne suffit pas, le ministre ne s'interdit pas la possibilité de réquisitionner certains biens, appartenant aux personnes morales situées en zone tendue. Il « *pense en particulier à ces immeubles de bureaux ou*

¹⁵¹ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *Dalloz*, 1995, p. 283.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ F. ZENATI, « Protection constitutionnelle du droit de propriété », *RTD Civ.*, 1999, p.132.

¹⁵⁴ INSEE, *Tableaux de l'économie française*, 2019.

¹⁵⁵ T. CHEMEL, « Immobilier : les logements laissés vacants bientôt réquisitionnés pour la location », *Capital*, 10/02/2020.

de logements souvent détenus par des banques ou des assureurs, précise-t-il au Parisien. J'appelle ces propriétaires institutionnels à mettre à disposition leurs espaces vacants pour éviter que des gens dorment dans la rue ou à transformer leurs bureaux en logements". *Quid des biens appartenant aux particuliers ? La question a été posée au ministre, qui affirme que : « Si vraiment rien n'est fait, je ne m'interdis rien par principe mais, pour les particuliers, il est très compliqué de réquisitionner »*¹⁵⁶. Face à cette menace, Henry Buzy-Cazaux, le président de l'Institut du Management des Services Immobiliers rétorque : « chez les particuliers, ce type de discours va créer une psychose. Cela sous-entend que, dans les situations que l'État juge urgentes, on pourrait revenir sur le droit de propriété. On peut évidemment considérer que l'état du mal-logement en France en est une. Mais peut-être pourrait-on commencer par actionner le levier fiscal, en menaçant d'augmenter la taxe sur les logements vacants¹⁵⁷».

• À l'heure actuelle, aucune disposition légale ne permet au gouvernement de réquisitionner les logements vacants des particuliers. Cependant, cela ne signifie pas qu'une telle disposition ne puisse pas apparaître dans le paysage législatif français. Une disposition s'applique néanmoins aux particuliers concernant la vacance du logement : il s'agit de l'encadrement des loyers des logements vacants. En effet, la loi ALUR du 24 mars 2014 a entrepris de réguler la hausse des loyers. Ainsi, lors de la conclusion du bail, le loyer est librement fixé par le propriétaire et ne peut être révisé qu'une fois dans les mêmes conditions susmentionnées. En revanche, lors d'une nouvelle mise en location du logement, les possibilités de rehausser le loyer sont encadrées. En effet, lorsqu'il s'est écoulé moins de dix-huit mois entre le départ d'un locataire et l'arrivée d'un nouveau, le propriétaire ne pourra augmenter le loyer que dans trois cas :

- Si l'ancien loyer n'a pas été révisé au cours des 12 mois précédents, il pourra l'augmenter sur la base de l'IRL ;
- S'il a effectué certains travaux permettant d'augmenter le loyer¹⁵⁸ ;
- Si le loyer était sous-évalué¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ Si le montant des travaux est égal à au moins 50 % de la dernière année de loyer, le propriétaire pourra augmenter de 15% le loyer. Si le montant des travaux est au moins égal à la dernière année de loyer, le propriétaire retrouve sa liberté de fixer librement le prix du loyer.

¹⁵⁹ Si le loyer pratiqué avec l'ancien locataire était sous-évalué, un nouveau loyer peut être fixé mais il ne doit pas excéder 50% de la différence entre : le montant d'un loyer déterminé par référence aux loyers pratiqués dans le voisinage pour des logements comparables, et le dernier loyer appliqué au précédent locataire.

Cette mesure permettant de faciliter l'accès au logement, bride malgré tout le propriétaire qui ne peut plus augmenter son loyer à sa guise. Ainsi, nombreuses sont les dispositions nationales sur le logement vacant portant atteinte au droit de propriété et plus particulièrement à l'abusus. En effet, « *l'abusus ne se concevra donc que dans des limites très rigides : si le propriétaire ne souhaite pas voir son immeuble réquisitionné pour un logement social, il a la possibilité soit de l'habiter lui-même, de l'entretenir, ou de le vendre, la liberté de choix étant relative* »¹⁶⁰.

Mais ce n'est pas tout, la législation portant sur le droit du bail d'habitation menace aussi le droit de propriété notamment en cas de transfert du bail.

3. Le régime applicable en cas de décès du locataire : une atteinte au droit de propriété

Le Code civil dispose en son article 1742 que « *le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur* ». Toutefois, l'article 8 de la loi de 1989 affirme que le contrat de bail est incessible (sauf accord du bailleur) et intransmissible. Que se passe-t-il au décès du locataire ? Est-ce là une cause de force majeure permettant la résiliation du contrat de bail ? Il n'en est rien. En effet, en ce qui concerne le conjoint survivant, l'article 1751 du même code dispose que : « *Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux* ». Le contrat de bail continue donc au profit du conjoint ou du partenaire pacsé qui ont un droit exclusif sur le bail, sans partage et sans que puissent leur être opposées les prétentions d'autres bénéficiaires¹⁶¹. En effet, l'article 14 de la loi de 1989 permet à d'autres bénéficiaires de se prévaloir du contrat de bail :

- « *Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré :*
- *au conjoint survivant qui ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1751 du Code civil ;*
- *aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès ;*
- *au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ;*

¹⁶⁰ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *ibid.*

¹⁶¹ CA Paris, 25 sept. 2007, n° 05/21120 : *JurisData* n° 2007-343465 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 7.

– aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence. À défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier ».

Ainsi, la loi organise un transfert du bail d'habitation aux personnes précitées, qui déroge complètement au droit commun du contrat car en principe il n'y a pas de transmission aux héritiers du preneur.

En ce qui concerne le conjoint survivant, si le logement servait de logement aux deux époux l'article 1751 s'applique et il bénéficie d'un titre locatif personnel. Mais, lorsque le bien pris à bail ne lui sert pas de logement ou qu'il a un caractère professionnel ou commercial, alors l'article 14 s'applique et le conjoint entre en concurrence avec les autres bénéficiaires. En effet, les descendants, les ascendants ou les personnes étant à la charge du locataire décédé peuvent eux aussi bénéficier du transfert du bail, s'ils vivaient dans ce logement depuis au moins un an à la date du décès. Vivre dans le logement signifie qu'il doit y avoir une communauté d'habitation habituelle, effective et continue des lieux¹⁶². Les juges ont par exemple affirmé que le fils du locataire décédé venant séjourner périodiquement et ayant une autre résidence ne peut se prévaloir du transfert du bail¹⁶³. *A contrario*, comme expliqué précédemment le conjoint (ou partenaire pacsé) pourra se prévaloir du transfert du bail sans avoir à justifier qu'il logeait dans ledit bien. En cas de pluralité de bénéficiaires, le conjoint bénéficiant de l'application de l'article 1751 du Code civil est toujours prioritaire. En revanche, pour les autres bénéficiaires de l'article 14, la loi n'exprime pas clairement un ordre de priorité ainsi le juge se prononce en fonction des intérêts en présence et tient compte de l'existence d'un autre logement ou de la faculté de s'en procurer un, ainsi que des ressources, de l'âge et de l'état de santé du bénéficiaire¹⁶⁴.

Le transfert du bail se fait automatiquement, il n'y a même pas d'obligation légale d'informer le bailleur. D'ailleurs, le bailleur ne peut pas s'opposer au transfert du bail et il ne peut pas non plus demander au nouveau locataire de rembourser les impayés du locataire décédé. En effet, si le bail est transféré, les dettes ne le sont pas puisque la loi ne prévoit pas de reprise de

¹⁶² CA Versailles, 20 septembre 1996, n° 4591/94.

¹⁶³ CA Paris, 6e ch. B, du 30 novembre 2000, R. G. n° 1998/00097.

¹⁶⁴ J. HUGOT, D. LEPELTIER et H. THUILLIER, « *Locataires et propriétaires* » Litec, 1982, p. 21.

l'arriéré locatif¹⁶⁵. Par conséquent, le bailleur ne peut qu'attendre l'acceptation de la succession par les héritiers (dont le nouveau locataire peut faire partie) du locataire décédé pour pouvoir leur réclamer le remboursement des arriérés. Le fait que le bailleur n'ait pas son mot à dire dans le changement de contractant est une atteinte à son droit de propriété et à la liberté contractuelle. En effet, cette disposition permet une extension de la qualité de partie au contrat et remet ainsi en cause le principe du contrat *intuitu personae*. Les bailleurs, choisissent généralement leur locataire en fonction de leur revenu annuel, et en vérifiant leur solvabilité. Rappelons que la définition de « partie au contrat » est la personne qui a voulu et conclu le contrat, ce qui permet de comprendre l'effet relatif du contrat qui ne vaut que pour les parties déterminées. Or, au décès du locataire, le contrat est cédé à une personne qui n'était pas prévue initialement par le contrat de bail. Par conséquent, le bailleur peut se retrouver avec un nouveau locataire dont le profil est foncièrement différent de ce qu'il avait et il ne peut même pas le refuser.

Le Conseil constitutionnel a justement été saisi sur cette question de l'atteinte au droit de propriété par rapport à l'ajout du conjoint pacsé dans la liste des bénéficiaires. En effet, les requérants affirmaient que cette extension portait une « *atteinte violente par sa gravité* » au droit de propriété du bailleur puisque aucune durée du pacs ou de la cohabitation n'était exigée¹⁶⁶. Les Sages ont cependant décidé que « *la continuation et le transfert du bail sont d'ores et déjà prévus par les articles 14 et 15 de la loi du 6 juillet 1989 susvisée au profit du conjoint ou du concubin notoire ; que le partenaire lié au bailleur par un pacte civil de solidarité bénéficie, pour sa part, en application de l'article 14 de la loi déferée, d'un traitement identique à celui réservé au conjoint ou au concubin notoire en matière de congé donné au locataire par le bailleur ; que le dispositif critiqué par les requérants ne méconnaît aucun principe de valeur constitutionnelle* »¹⁶⁷. Finalement, le Conseil constitutionnel procède comme il l'a toujours fait, suivant sa méthode habituelle : il analyse l'étendue de l'atteinte afin de s'assurer qu'elle soit tolérable. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel place le seuil de tolérance de plus en plus haut et parvient finalement à tolérer toutes les atteintes tant qu'elles ont un intérêt social. Mais ces atteintes sont-elles réellement proportionnées ? En soi, il ne fait nul doute que cette disposition de continuité du bail est nécessaire pour protéger le locataire demeurant avec la personne décédée. Cependant, est-ce normal que le bailleur n'ait pas son mot à dire alors même que le logement lui appartient ? N'est-il pas déraisonnable qu'il ne soit pas tenu d'être informé de ce changement ? Le Conseil constitutionnel considère que le bailleur n'est pas dépossédé de son bien puisqu'il continue à

¹⁶⁵ Civ, 3ème, 16 février 2000, n° 97-22.156.

¹⁶⁶ C.C, décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

¹⁶⁷ *Idem*.

recevoir ses loyers. Dès lors, une contrepartie existe bel et bien, mais faut-il encore qu'elle soit jugée suffisante.

Dans cette perspective, il n'y a point d'équilibre entre droit de propriété et droit au logement en ce que le bail réduit à un bien patrimonial peut faire l'objet d'un transfert sans même que le bailleur ne puisse s'y opposer. Par ailleurs, si cette disposition peut se comprendre s'agissant des descendants et ascendants justifiant habités avec le locataire décédé depuis un an, elle l'est beaucoup moins en ce qui concerne les conjoints survivants, bénéficiaires des dispositions prévues à l'article 14 de la loi de 1989. En effet, ils n'ont à justifier aucune durée d'habitation et aucune durée d'engagement (matrimonial ou pacs) pour pouvoir se prévaloir du transfert. Ainsi, l'équilibre est fatalement rompu au profit d'un droit au logement toujours plus protégé. Selon Hélène Pauliat « *l'émergence du droit à un logement décent contribue à vider le droit de ces prérogatives, en rendant le propriétaire presque nuisible à la société. Le propriétaire disparaît au profit de l'utilisateur* ». Cette appréciation s'applique parfaitement à l'hypothèse du transfert du bail puisqu'on voit les prérogatives du propriétaire s'estomper au profit des personnes logeant dans le bien : les utilisateurs. Finalement, le propriétaire est titulaire d'un titre, mais plus d'un droit ni d'un bien.

Cette continuité du bail permet de se rendre compte que le propriétaire a perdu toute liberté contractuelle : c'était le cas pour de nombreuses dispositions comme on l'a vu précédemment tant sur le prix, sur la durée. Mais c'est d'autant plus grave, en matière de transfert, puisqu'il perd alors complètement le droit de choisir son co-contractant ; ainsi la loi de 1989 lie les mains du propriétaire. La question avait déjà été soulevée concernant le bail commercial sur la question du renouvellement du loyer dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1991¹⁶⁸. Le bailleur commercial arguait que ce renouvellement automatique le privait de son droit de propriété en lui interdisant de discuter des conditions d'un nouveau bail et affirmait que le statut des baux commerciaux était contraire à la Convention EDH – l'article 1er du premier protocole additionnel, dans la mesure où ce statut n'a pas été adopté « *au profit de l'intérêt général, mais dans l'intérêt d'une catégorie particulière de citoyens (les commerçants locataires), au détriment d'une autre catégorie de citoyens (les propriétaires)* ». La Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à son droit de propriété car d'autres garanties et procédures lui permettaient de rehausser son loyer. Cependant, si l'on fait le parallèle avec le bail d'habitation et plus précisément le transfert du bail, la même question peut se poser. En effet, le bail est transféré sans que les conditions puissent être changées, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer. De plus, en l'espèce il n'y a pas de procédure lui permettant de modifier

¹⁶⁸ Cass. 3e civ., 27 févr. 1991, n° 89-18.729, *Bull. civ.* III, n° 67 ; *JCP G* 1991, IV, p. 158 ; *RD imm.* 1991, p. 518, obs. G. BRIÈRE DE L'ISLE et J. DERRUPPÉ.

le bail puisque c'est le même bail qui est transféré. Aussi, le statut des baux commerciaux fait l'objet de nombreuses controverses du fait d'une liberté contractuelle de plus en plus restreinte « *le siècle a préféré, dans notre domaine, mais aussi dans bien d'autres, une liberté contractuelle limitée par un statut légal partiellement d'ordre public. Aujourd'hui, la mode sociale et économique est au retour à la liberté contractuelle, nouvelle valeur constitutionnelle* »¹⁶⁹. Pour ce qui est du statut des baux d'habitations, la situation est similaire : la liberté contractuelle n'est plus qu'un lointain souvenir.

En soi, le seul transfert du bail ne dénature pas le droit de propriété. Mais l'ajout de toutes les dispositions étudiées précédemment et la multiplication des atteintes tolérées par le Conseil Constitutionnel conduisent à la dénaturation du droit de propriété au profit d'un droit au logement protecteur de l'intérêt général.

Fort de ce constat, il est primordial de se pencher sur des pistes de réflexion permettant de sauvegarder le droit de propriété.

B. Un droit de propriété sauvegardé

Le droit de propriété connaît un destin funeste depuis plusieurs décennies. Le droit au logement a contribué à vider le droit de propriété de toutes ses prérogatives. Si en théorie, le propriétaire a seul la maîtrise de la chose, en pratique il ne dispose plus d'aucun pouvoir. « *Propriétaire, il n'est plus maître des utilités du bien, il n'en dispose plus à son gré, il n'en jouit plus comme il l'entend* »¹⁷⁰. La propriété est devenue « *inutile, voire nuisible, les prérogatives du propriétaire sans objet et presque scandaleuses si le bien et le droit ne servent pas à l'intérêt de la société* ». Il devient urgent de réfléchir à des pistes permettant de rééquilibrer droit de propriété et droit au logement pour sauvegarder le droit de propriété. Il faut redonner aux propriétaires du pouvoir ou, du moins, il est nécessaire de délier ses mains, d'atténuer certaines dispositions pour qu'il puisse retrouver une certaine liberté. Dans un premier temps, il semble important de permettre au propriétaire d'exclure le locataire bien plus facilement lorsque la contrepartie de la jouissance, le paiement des loyers, disparaît. Raison pour laquelle, il est nécessaire de réformer la clause résolutoire ô combien source de difficultés pour les bailleurs (1). Dans un deuxième temps, il convient de se pencher sur le contrôle de proportionnalité importé du droit européen. En effet, ce contrôle de proportionnalité permettrait de rééquilibrer les droits en présence et de sauvegarder le droit de propriété puisqu'il ne sera plus question de tolérance mais de proportionnalité de l'atteinte. Aussi, la généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* permettrait de prendre en considération les intérêts

¹⁶⁹ J. MONÉGER, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI*, 2000, p. 484.

¹⁷⁰ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *ibid.*

et faits en présence : ainsi le juge deviendrait « le législateur des particuliers » (2).

1. Pour une réforme facilitant la procédure d'expulsion

La clause résolutoire est sûrement la clause la plus essentielle du contrat de bail. En effet, en cas d'inexécution contractuelle, la partie lésée peut se prévaloir de la clause résolutoire afin de résilier le contrat de bail. En pratique, cette clause permet de protéger le propriétaire qui peut mettre fin au bail en cas d'inexécution contractuelle. La résiliation du contrat par le biais de la clause résolutoire est notamment possible en cas de non-paiement des loyers, de non-souscription d'une assurance contre les risques locatifs ou encore de non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués. Grâce à cette clause, le propriétaire résilie le bail sans que le juge doive statuer sur le bien-fondé de la résiliation. En effet, le juge devra prononcer l'expulsion ou accorder un délai supplémentaire au locataire mais ne pourra en aucun cas, annuler la clause prévue au contrat. Ainsi, cette clause a pour but de faciliter et d'accélérer les démarches du propriétaire en cas de défaillance de son locataire.

Pourtant, en pratique, il n'est rien tant la procédure de la clause résolutoire est complexe et longue. Dans l'hypothèse d'un non-paiement de loyer, le bailleur doit faire délivrer au locataire un commandement de payer en visant la clause résolutoire du bail. Le propriétaire doit impérativement recourir à un huissier de justice pour délivrer ce commandement. Une fois le commandement délivré par un huissier de justice, il doit s'écouler un délai de deux mois¹⁷¹ pour que la clause résolutoire puisse produire ses effets. En revanche, si dans les deux mois suivant le commandement de payer, le locataire paie le loyer, la clause résolutoire ne trouve plus à s'appliquer. À l'inverse, si après l'expiration du délai, le locataire ne s'est pas acquitté de sa dette locative, alors il est déchu de tout titre d'occupation. Cela pourrait être la fin de la procédure, mais il n'en est rien : bien au contraire, elle ne fait que commencer. Le bailleur doit ensuite assigner en référé le locataire afin de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire. Cela fait déjà un délai incompressible de quatre mois minimum entre la délivrance du commandement de payer et la délivrance de l'assignation. Par la suite, une date d'audience est fixée par le greffe sur ce point, les délais peuvent être extrêmement longs en fonction de la période de l'année et du tribunal. Lors de l'audience, le juge peut constater l'acquisition de la clause résolutoire mais il peut aussi suspendre les effets de la clause et accorder au locataire un délai de paiement pouvant aller jusqu'à trois ans ! Si le locataire parvient à régler ses dettes dans le délai fixé par le juge, la clause résolutoire est réputée ne pas avoir joué mais dans le cas contraire elle reprend son plein effet. Une fois la clause résolutoire acquise, une ordonnance d'expulsion est rendue qu'il faut signifier

¹⁷¹ Un mois en cas de location meublée.

au locataire là encore par l'intermédiaire d'un huissier. Ce dernier délivre au locataire un commandement d'avoir à libérer le logement dans les deux mois. Ce délai de deux mois doit être scrupuleusement respecté, sous peine de nullité de la procédure, afin de permettre au locataire de pouvoir déménager et retrouver un logement. Toutefois, ce délai peut là encore être allongé puisque le locataire a la possibilité de saisir le juge pour demander des délais de grâce après avoir reçu le commandement d'avoir à libérer le logement. En effet, l'article L. 412-2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques, le délai prévu à l'article L. 412-1 peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois* ». Et l'article L. 412-3 prévoit que « *le juge peut accorder des délais renouvelables aux occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, dont l'expulsion a été ordonnée judiciairement, chaque fois que le relogement des intéressés ne peut avoir lieu dans des conditions normales, sans que ces occupants aient à justifier d'un titre à l'origine de l'occupation. Le juge qui ordonne l'expulsion peut accorder les mêmes délais, dans les mêmes conditions* ». Le juge peut accorder des délais de grâce jusqu'à trois ans au locataire en tenant compte de son âge, de son état de santé, de sa situation financière, de sa bonne foi, etc. Ainsi, le délai de deux mois suivant le commandement à payer pour l'expulsion paraît rapidement utopique au vu de ces dispositions. En plus de cette possibilité pour le juge d'accorder des délais, il faut savoir que l'expulsion ne peut pas avoir lieu à certaines périodes de l'année. En effet, l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation prévoit une trêve hivernale au cours de laquelle il est impossible d'expulser le locataire entre le 1er novembre et le 31 mars de l'année suivante. Ainsi, la procédure de la clause résolutoire est loin d'être simple et efficace, bien au contraire elle est longue et complexe. Les mois et les années passent, le locataire se maintient dans les lieux, demande des délais de grâce et évidemment très peu de loyers sont payés au bailleur. En effet, le locataire n'a plus rien à perdre, il est déjà devenu occupant sans droit ni titre. Finalement, en pratique, les arriérés de loyers ne cessent de s'accumuler et à la fin de cette bataille judiciaire, le bailleur n'est que très rarement payé. Parallèlement, le bailleur doit déboursier des sommes astronomiques tant pour l'huissier que pour l'avocat durant ces années alors même qu'il ne perçoit plus aucun loyer et même s'il obtient justice, le locataire ne pas pourra le payer. Raison pour laquelle il est indispensable de réformer cette procédure d'expulsion : ce n'est pas normal que le propriétaire doive se battre avec une telle vigueur pour récupérer un bien qui lui appartient ! À partir du moment où le locataire ne paie plus les loyers, il n'y a plus de contrepartie à la jouissance du bien donc le locataire devrait pouvoir être expulsé bien plus facilement avec la clause résolutoire. Cet outil était censé faciliter les démarches juridiques pour le bailleur or finalement cela n'est pas le cas. La loi ALUR tout comme la loi ELAN n'ont

pas facilité la procédure d'expulsion. Mise à part pour les squatteurs puisque la loi ELAN a introduit l'article L. 412-1 qui prévoit dorénavant que le délai de deux mois suivant le commandement de quitter les lieux ne s'applique pas lorsque le juge qui ordonne l'expulsion constate que les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait. De même, le bénéfice de la trêve hivernale prévue à l'article L. 412-6 est dorénavant automatiquement refusé lorsque la mesure d'expulsion a été prononcée en raison d'une introduction par voie de fait. Cependant, ces deux dispositifs ne valent que s'il s'agit de l'habitation principale de la victime de la voie de fait. Ainsi, ce dispositif est futile pour le bailleur, il aurait fallu l'étendre à tous les logements qu'ils soient secondaires ou principaux ! Enfin, une proposition de loi du député Mickaël Nogal a été déposée à l'Assemblée nationale le 14 janvier 2020. Celle-ci vise à « réconcilier les bailleurs et les locataires » mais ne prévoit aucune simplification de la procédure d'expulsion. Pourtant nombreux sont les bailleurs à dénoncer cette clause résolutoire.

Prenons l'exemple d'un cas étudié lors d'un stage en cabinet d'avocat. Il était question d'un bailleur louant son bien à Madame X, celle-ci le paie uniquement grâce aux allocations qu'elle touche avec la caisse d'allocations familiales, elle n'a aucun salaire. Madame X dégrade complètement l'appartement : les toilettes ont été enlevées, les murs sont abîmés, la douche a disparu. La CAF inspecte son appartement, le déclare insalubre et suspend tous les paiements d'allocations. Madame X ne paie plus le loyer depuis des mois et le propriétaire souhaite procéder à une expulsion et demander des dommages et intérêts. L'assurance refuse d'indemniser le bailleur pour la perte des loyers car la locataire ne correspondait pas aux critères exigés (elle avait menti). Un an et demi plus tard, l'appartement est toujours dégradé, la locataire est toujours dans les lieux, le bailleur a commencé la procédure d'expulsion et attend une date d'audience. Il ne perçoit plus de loyer et étant à la retraite, il a réellement besoin de cette somme. Malheureusement, tous les propriétaires ne sont pas aisés, cela est une fausse image et certains vivent grâce à ce loyer. Cet exemple prouve la détresse du bailleur face à un locataire tout-puissant. Son avocat lui a d'ailleurs affirmé qu'il fallait déposer une plainte pour pouvoir être entendu par le tribunal correctionnel pour dégradations de biens dans l'espoir d'être indemnisé par la SARVI¹⁷² ou la CIVI¹⁷³ puisqu'il est évident que la locataire ne pourra jamais rembourser les dégâts causés. Sachant qu'avec la SARVI ou la CIVI, il ne sera indemnisé qu'à hauteur de 3500 euros maximum alors que son appartement est dans un état affligeant. De plus, le bailleur doit payer l'avocat, l'huissier, pour l'état des lieux ; il faut aussi faire un référé expertise, tout cela a un coût et si le bailleur n'a pas d'argent, il ne peut jamais récupérer son bien ou du moins cela s'avérera très compliqué.

¹⁷² Service d'Aide au Recouvrement des Victimes d'Infractions.

¹⁷³ Commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

Ainsi, dans la pratique même du droit, l'on peut se rendre compte que le droit de propriété est en danger et qu'il n'est plus du tout absolu. Le droit de propriété est dépouillé de tous ses attributs pour parvenir à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Il est certain que la procédure d'expulsion doit protéger le locataire pour éviter que le propriétaire ne puisse expulser trop facilement pour des raisons anodines. Cependant, il faut pouvoir trouver un équilibre, un juste milieu pour que la procédure d'expulsion ne soit pas trop simple mais pas trop complexe non plus. La procédure d'expulsion actuelle est beaucoup trop longue et bien trop protectrice du locataire. Elle se révèle finalement inefficace puisqu'il est presque impossible d'expulser le locataire. Avec cette procédure, le locataire obtient presque un « morceau » du droit de propriété, le droit de se maintenir dans les lieux, le droit d'obtenir des délais et finalement on en vient à la définition européenne avec une « propriété du logement ». C'est du moins l'impression que cela donne.

Réformer la clause résolutoire n'est pas chose facile. Étienne Wasmer, professeur d'économie à Sciences-Po Paris et chercheur à l'OFCE, préconise une réforme radicale de l'organisation du droit du logement¹⁷⁴ : « *On ne peut pas demander aux propriétaires de porter le fardeau des inégalités sociales* ». Il s'appuie ainsi sur l'exemple du Québec et émet les propositions suivantes :

« D'abord, faire de la loi sur le logement un sous-chapitre du droit des contrats : on signe, on paie, si on ne paie pas, on s'en va, la prise en charge éventuelle de ceux qui ne peuvent pas payer étant du ressort de la solidarité nationale, pas des propriétaires privés. [...] Supprimer la trêve hivernale qui interdit l'expulsion de novembre à mi-mars, les impayés commençant souvent en octobre : c'est au cas par cas qu'il faut juger de l'opportunité des expulsions, toute l'année. Supprimer les procédures complexes, les délais de deux mois des commandements à payer : dès le début des impayés, le propriétaire doit pouvoir exercer un recours ; au bout de trois semaines, si le loyer n'est pas payé, un conciliateur ou un juge examine le dossier, et établit les responsabilités ; le cas échéant, il ordonne aux parties de s'exécuter ou donne un délai ; à l'issue de ce délai, les obligations non remplies entraînent automatiquement la rupture du bail ; l'expulsion intervient dans les deux semaines. En contrepartie, puisque les locataires ne peuvent plus durablement rester dans un logement sans payer, les propriétaires ne peuvent plus refuser de logement ; ils ne peuvent pas exiger de mois d'avance ni de caution ; ils ne peuvent pas exiger de garanties complexes ou de

¹⁷⁴ E. WASMER, « Pour une réforme radicale de l'organisation du droit du logement quelques enseignements de l'analyse économique », *En Temps Réel*, cahier 27 – décembre 2006 [en ligne].

caution familiale ; ils s'exposent, s'ils louent des logements insalubres, à des sanctions financières. En clair, il y a toujours un équilibre subtil entre protection des uns et assurance des autres : simplement, cet équilibre est plus efficace ».

Ces propositions sont cohérentes et permettent d'apporter un véritable équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement.

D'une part, il est vrai qu'il semble nécessaire de supprimer ou du moins réduire les délais accordés par le juge : le maximum de trois années est bien trop long. Ces délais ne sont pas seulement théoriques, en pratique les juges accordent réellement de longs délais. Par exemple, en avril 2018, le tribunal d'instance d'Aubervilliers a accordé un délai de paiement de vingt-quatre mois à un locataire pour lui permettre de rembourser la dette locative en trente-six mensualités de cent euros¹⁷⁵. De même, dans la pratique, les bailleurs sont réellement désœuvrés face à ces procédures complexes et longues. Un bailleur a été assigné devant le juge des référés de Mulhouse pour avoir changé les serrures de l'appartement de sa locataire en conditionnant la remise des clés au paiement de l'arriéré locatif. En effet, celle-ci ne payait plus son loyer depuis plusieurs mois et le bailleur avait décidé de changer les serrures pour l'obliger à payer ce qu'elle devait. Finalement, le tribunal juge que le fait de priver la locataire de l'accès à son logement est constitutif d'un trouble manifestement illicite et condamne le bailleur à remettre les clés du logement au locataire sous astreinte de 50 euros par jour de retard.¹⁷⁶ Le bailleur s'il souhaite expulser sa locataire est obligé de respecter la procédure légale.

En revanche, il n'est pas certain que ce soit une bonne chose de supprimer la trêve hivernale qui est essentielle pour protéger le locataire. En effet, une reprise des expulsions en hiver pourrait avoir des conséquences dramatiques. En tout état de cause, ces propositions méritent d'être étudiées : il n'est pas normal que les propriétaires doivent finalement porter le fardeau de l'État, le social étant le ressort des pouvoirs publics et non des bailleurs. Les propositions d'Étienne Wasmer s'appuient sur une analyse qui conclut que l'État en cherchant à protéger le locataire n'a fait qu'empirer la situation. En effet, l'État a surprotégé le locataire et, ainsi, a généré des pratiques qui excluent du marché les ménages défavorisés : face à cette surprotection, en effet, le bailleur sélectionne les locataires, exige une caution et augmente les loyers pour décourager le locataire défavorisé. Les bailleurs craignent tellement de ne pas être payés et de devoir se livrer à un véritable parcours du combattant pour expulser leur locataire qu'ils deviennent réfractaires à la location et c'est la raison pour laquelle la crise du

¹⁷⁵ TGI Bobigny, jugement du 27 août 2019, RG n° 19/02799.

¹⁷⁶ TI Mulhouse, jugement du 14 août 2018, RG n°12-18-001859.

logement survient. En définitive « *ce sont les locataires de bonne foi qui paient le surcoût de la complexité du droit en termes de loyers* ».

Une autre réflexion méritant d'être étudiée est celle de Maître Romain Rossi-Landi, avocat au barreau de Paris. À notre question de savoir comment le législateur pourrait faciliter la procédure d'expulsion, il a apporté la réponse suivante : « *la clause résolutoire est toujours acquise lorsque le locataire ne règle pas les sommes visées au commandement de payer dans le délai imparti. Dans ce cas, le juge ne peut que constater l'acquisition de la clause résolutoire. C'est donc un moyen efficace pour le bailleur. En revanche, en fonction de la bonne ou mauvaise foi du débiteur, le juge peut suspendre les effets de cette clause résolutoire et accorder des délais au locataire, ce qui dénature effectivement l'efficacité de cette clause. Il faudrait donc limiter les pouvoirs du juge ? Je ne crois pas mais rééquilibrer l'égalité des armes entre bailleur et locataire serait déjà un bon début* ». Ainsi, d'après ce praticien, une réforme est nécessaire pour permettre de rééquilibrer le droit de propriété et le droit au logement.

Une mesure envisagée par Étienne Wasmer mériterait qu'on s'y attarde en ce qu'elle permettrait de rééquilibrer l'égalité des armes entre bailleur et locataire sans toutefois limiter le pouvoir du juge. En effet, il explique qu'il faut pouvoir juger « *au cas par cas* », en fonction des situations des uns et des autres. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* permettrait justement ce jugement au cas par cas : serait-ce une solution pour sauvegarder le droit de propriété ?

2. Pour la généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto*

Le contrôle de proportionnalité consiste à vérifier que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale, européenne ou même nationale. Le juge contrôle que l'atteinte portée à un droit fondamental n'est pas disproportionnée, auquel cas la règle de droit interne sera écartée.

Il s'agit ainsi d'opérer une mise en balance des intérêts en présence, en l'espèce entre le droit de propriété et le droit au logement. Il existe deux sortes de contrôle de proportionnalité : le contrôle *in concreto* permet une mise à l'écart ponctuelle de la disposition législative, par conséquent moins drastique qu'une mise à l'écart définitive obtenue par le biais d'un contrôle de proportionnalité *in abstracto*. Avec le contrôle de proportionnalité *in concreto* le raisonnement est différent : la balance des intérêts est faite en fonction de l'équité. Ainsi, il ne s'agit pas d'écarter une norme parce qu'elle est contraire à un engagement international mais parce qu'en l'espèce, l'application de la norme apparaît disproportionnée.

Ce raisonnement en équité est en somme révolutionnaire puisque le juge devient pleinement le « *législateur des cas particuliers* »¹⁷⁷. En effet, le juge n'est plus simplement la « *bouche de la loi* » puisqu'il peut désormais écarter la loi, lorsqu'il considère que la situation l'exige. Ainsi, les faits prennent une place fondamentale dans la construction de la solution. Emmanuel Jeuland explique ainsi, devant la Cour de cassation, la modification de méthode juridique qu'implique le contrôle de proportionnalité *in concreto*¹⁷⁸ : « *Il ne s'agit plus d'approfondir la qualification d'une catégorie juridique comme celle de faute, car la proportionnalité ne fonctionne pas comme une catégorie juridique classique. Elle n'implique pas un travail classique de qualification, mais notamment une pesée d'avantages et d'inconvénients concernant l'utilisation de moyens pour atteindre une fin. Elle se rattache à une interprétation ou à un raisonnement par analogie car elle vise à comparer des rapports de droit existants et prétendus* »¹⁷⁹.

Ainsi, dans le cadre de l'expulsion notamment, rappelons¹⁸⁰ que dans l'arrêt du 4 juillet 2019¹⁸¹ la Cour a estimé que l'expulsion et la démolition étaient les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien. Par conséquent, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété. Finalement, dans cet arrêt les juges font primer le droit de propriété sur le droit au logement en dispensant les juges du fond d'exercer un quelconque contrôle de proportionnalité. Ce faisant, la Cour de cassation s'expose nécessairement à une condamnation de la part de la Cour EDH. En effet, les juges se détournent de la jurisprudence de cette dernière qui, dans son arrêt *Winterstein* du 17 octobre 2013, avait conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en cas d'absence de contrôle de proportionnalité. De plus, la Cour de cassation fait prévaloir le droit de propriété, protégé par l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention EDH, sur le droit au respect du domicile qui est protégé par l'article 8 de celle-ci. Enfin, cet arrêt pose également la question de la concordance de la jurisprudence de la Cour de cassation vis-à-vis de celle du Conseil constitutionnel selon laquelle l'article 544 du Code civil, relatif à la protection de la propriété privée, doit être concilié avec l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la possibilité pour toute personne de disposer d'un

¹⁷⁷ G. RIPERT, *Les Forces Créatrices du Droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 11.

¹⁷⁸ Pour une approche publiciste du contrôle de proportionnalité voir en particulier : J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, PUAM, 1989.

¹⁷⁹ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation – Actes de la Conférence-débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016, p. 21.

¹⁸⁰ V. *supra* n° 23.

¹⁸¹ Civ. 3e, 4 juillet 2019, n° 18-17.119.

logement décent¹⁸². Ainsi il est certain que cette jurisprudence n'a pas vocation à s'inscrire dans le temps, elle devra nécessairement changer puisqu'elle va à l'encontre de la jurisprudence européenne et constitutionnelle. En définitive, le contrôle de proportionnalité *in concreto* permettait dans cette affaire du 4 juillet 2019 d'être juste, on ne peut pas faire primer le droit de propriété dans tous les cas en prenant le risque de mettre à la rue des familles. En refusant le contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation rompt l'équilibre.

A contrario, s'agissant du cas de la démolition, dans un arrêt du 17 décembre 2015¹⁸³ la Cour de cassation a estimé que le juge des référés ne pouvait ordonner l'enlèvement de caravanes occupées par des gens du voyage en méconnaissance du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune, sans examiner la proportionnalité de cette mesure au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile proclamé à l'article 8 de la Convention EDH. De même, dans un arrêt du 31 janvier 2017, elle affirme que les juges doivent s'assurer que la démolition d'une maison d'habitation édifiée illégalement ne porte pas atteinte à la vie privée et familiale du prévenu. Elle demande aux juges d'effectuer le contrôle de proportionnalité¹⁸⁴. Pourtant, dans un arrêt du 16 janvier 2018¹⁸⁵, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence. Dans cette affaire, Madame X érige une construction sur son terrain, en connaissant parfaitement le caractère inconstructible de sa parcelle et sans demander de permis de construire à la mairie. Par une décision du 9 décembre 2016, la Cour d'appel de Nantes ordonne la démolition totale du bien. Madame X se pourvoit alors en cassation au motif que cette mesure porte atteinte à son droit au domicile et que l'atteinte est disproportionnée au regard de la gravité de la faute commise et des intérêts à protéger. La Cour de cassation rétorque que « *la disproportion manifeste entre l'atteinte à la vie privée et familiale et au domicile par rapport aux impératifs d'intérêt général des législations urbanistiques et environnementales qui résulterait de la démolition ne saurait être utilement invoquée quand la construction litigieuse est située en zone inondable avec fort aléa* ». Ainsi, les juges de la Cour de cassation restreignent les possibilités d'invoquer une violation de l'article 8 de la Convention EDH à l'encontre d'une mesure de démolition. En effet, dans certains cas le contrôle de proportionnalité est demandé, dans d'autres il n'est pas utile. De même, dans une affaire tranchée le 16 janvier 2020¹⁸⁶, une commune assigne la propriétaire d'un pavillon en démolition car elle n'avait pas eu de permis de construire. La Cour d'appel donne droit à la commune et ordonne la démolition de l'immeuble construit

¹⁸² C.C, décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres* [Définition du droit de propriété].

¹⁸³ Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n°14-22095.

¹⁸⁴ Crim. 31 janvier 2017, n° 16-82.945.

¹⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2018 n° 17-81884.

¹⁸⁶ Civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 19-10.375.

illégalement. La propriétaire se pourvoit en cassation en reprochant à la cour de ne pas avoir procédé à un contrôle de proportionnalité de la mesure au regard notamment de sa situation familiale et financière de parent isolé, à la tolérance de la commune pendant sept ans depuis la reconstruction et de l'absence de droits des tiers en jeu. Pour autant, la Cour de cassation rejette le pourvoi car elle estime que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en ayant retenu « *qu'il existait un besoin social impérieux de préserver la sécurité des personnes exposées à un risque naturel d'inondation et d'éviter toute construction nouvelle ou reconstruction à l'intérieur des zones inondables soumises aux aléas les plus forts* ». Elle confirme ainsi sa jurisprudence de 2018 concernant les zones inondables. Ce même jour, elle rend un second arrêt¹⁸⁷ dans le cadre d'une affaire où les faits sont semblables : une commune se plaignant de divers aménagements réalisés illégalement sur un terrain classé en zone naturelle par le plan local d'urbanisme, avait assigné les occupants en référé pour obtenir la démolition des constructions et leur expulsion. La Cour d'appel, avait là encore donné droit à la commune en estimant « *que les droits fondamentaux des occupants ne sauraient ôter au trouble que constitue la violation réitérée et en toute connaissance de cause des règles d'urbanisme en vigueur son caractère manifestement illicite et que les mesures de démolition et d'expulsion sollicitées sont proportionnées au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile* ». Cependant, cette fois, la Cour casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel, en lui reprochant de s'être bornée à prendre en considération l'importance purement théorique de l'irrégularité affectant les constructions par rapport aux dispositions d'urbanisme, « *sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile [...]* ». Ainsi, face à deux espèces différentes avec des faits similaires la Cour de cassation parvient à rendre une décision différente. Cela est typique du contrôle de proportionnalité *in concreto* qui permet d'analyser concrètement les faits et d'offrir une solution juridique réellement adaptée à chaque situation. En ce sens, même si les situations se ressemblent, elles ne sont pas les mêmes. Dans la seconde affaire, la Cour considère que l'expulsion et la démolition constitueraient une atteinte excessive à leur droit au respect de la vie privée et familiale, ce qu'elle écarte dans la première affaire. En effet, la différence entre ces deux affaires est l'existence d'un risque d'inondation du terrain concerné. Ainsi ce qui importe ce n'est pas le respect de la réglementation d'urbanisme, mais la sécurité des citoyens. C'est pourquoi, la Cour considère que dans ce cas, la démolition d'une construction irrégulière, même constituant un domicile, n'est pas disproportionnée puisqu'elle est motivée par la protection de la sécurité des personnes (inondation, incendie...). Ainsi, le contrôle de proportionnalité *in concreto* offre une solution parfaitement adaptée à chaque problème en prenant en compte l'ensemble des

¹⁸⁷ Civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 19-13.645.

faits et en faisant la balance des intérêts en présence. Le contrôle de proportionnalité permet un équilibre entre les droits et libertés fondamentaux. Cependant, il faut admettre que, d'une part ce contrôle porte atteinte à la sécurité juridique puisqu'il est plus difficile de prévoir les décisions de la Cour de cassation. Et d'autre part, ce type de contrôle entraîne nécessairement une certaine « dévalorisation » de la loi, puisque comme l'explique Pascal Puig : « *le juge hésitera beaucoup moins à écarter ces dispositions lorsqu'elles lui apparaîtront, in concreto, avoir des conséquences excessives : difficultés de relogement de la famille expulsée [...] Une telle victoire ponctuelle du droit au logement sur le droit de propriété ne manquera pas d'être saluée comme un progrès du droit vers davantage d'équilibre et d'équité. Mais au prix du sacrifice de la loi, son autorité, sa prévisibilité et sa généralité* ». Ainsi, « *le contrôle de 'proportionnalité privatisée' propose un 'droit à la carte', un droit pour chacun qui l'emporte sur le droit pour tous. Il accentue l'égoïsme inhérent aux droits subjectifs fondamentaux. À chacun son intérêt, à chacun son droit. Les intérêts privés tiennent, en quelque sorte, lieu de loi à ceux qui s'en prévalent* »¹⁸⁸.

Enfin, si dans son arrêt du 4 juillet 2019, la Cour de cassation fait primer le droit de propriété en refusant le contrôle de proportionnalité et tourne ainsi le dos au Conseil Constitutionnel et à la Cour EDH, sa position semble changer en 2020. En effet, dans l'arrêt du 16 janvier 2020, elle vient affirmer que la Cour d'appel « *en se déterminant ainsi, par un motif inopérant tiré de ce que la mesure d'expulsion ne concerne que les constructions à usage d'habitation, sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile de Mme C et de M. B, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Implicitement, la Cour vient dire que la démolition entraînant nécessairement l'expulsion, les juges doivent effectuer un contrôle de proportionnalité. Ainsi, n'y aurait-il pas déjà dans cet arrêt un prémice de revirement jurisprudentiel ? La Cour de cassation ne pourra pas faire primer le droit de propriété sur le droit au logement éternellement, d'une part parce que cela n'est pas juste et d'autre part parce qu'elle sera tôt ou tard condamnée par la Cour EDH.

Conclusion

Au fil de ce travail, nous avons étudié certaines catégories de dispositions législatives portant atteinte au droit de propriété. Si plusieurs sont justes et nécessaires pour protéger le locataire, d'autres tendent à dénaturer le droit de propriété. S'il est important de protéger le locataire, cela ne doit pas se faire au

¹⁸⁸ P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 70.

prix d'un droit de propriété pour lequel les révolutionnaires se sont battus et auquel les Français demeurent fortement attachés. La protection du locataire ne devrait pas peser sur le propriétaire, il revient à l'État et non au bailleur de prendre en charge la mise en œuvre de cet objectif constitutionnel.

Ainsi, il est important à l'heure actuelle de travailler sur une réforme qui permettrait de rééquilibrer les rapports entre droit de propriété et droit au logement. Le locataire doit pouvoir jouir paisiblement de son logement mais le bailleur doit pouvoir expulser son locataire quand la contrepartie de cette jouissance a disparu. Le propriétaire, personne morale ne doit pas laisser son logement vacant mais il devrait pouvoir le récupérer avant une dizaine d'années si celui-ci est réquisitionné.

Dans le même sens, pour que l'équilibre soit retrouvé, le juge ne peut pas faire primer le droit de propriété sur le droit au logement dans le cadre de l'occupation sans droit ni titre sans même effectuer une balance des intérêts. En effet, certes le propriétaire doit pouvoir expulser les occupants sans droit ni titre mais pas aux dépens de la sécurité de ceux-ci. Le contrôle de proportionnalité devient nécessaire pour protéger chacun des droits.

Une réforme devient urgente.

Articles

**DROIT CONSTITUTIONNEL
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
SCIENCES POLITIQUES**

Radioscopie critique de la loi de départementalisation du 19 mars 1946

**(Contrairement à la thèse soutenue par les indépendantistes,
la décolonisation de La Réunion a bien été réalisée au plan juridique.
Mais contrairement à la thèse des intégrationnistes,
cette décolonisation n'a pas eu lieu à la date du 19 mars 1946)**

André ORAISON

Professeur des Universités

Juriste et Politologue

Enseignant-chercheur en droit public à l'Université de La Réunion de 1967 à 2008

Résumé :

La loi du 19 mars 1946 est bien une loi de départementalisation, dès lors qu'elle a érigé au rang de « département français » chacune des « quatre vieilles » : nommément les colonies de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de La Réunion. Mais elle n'est pas pour autant une véritable loi d'émancipation ou de décolonisation dans la mesure où elle exclut le principe cardinal d'identité législative ou normative qui est la conséquence obligée de la départementalisation et implique ipso facto une égalité de traitement, au plan juridique, entre Ultramarins et Métropolitains. Dans son article 3, cette loi a en effet maintenu le principe diamétralement opposé de la spécialité législative, un principe qui est l'héritage d'une très longue période coloniale fondamentalement discriminatoire, remontant à l'Ancien Régime. Malgré la portée historique et symbolique que l'on se plaît trop souvent à lui reconnaître, la loi du 19 mars 1946 n'est donc pas un acte juridique libérateur et, encore moins, un acte politique romantique et révolutionnaire qui mériterait d'être célébré. En vérité, c'est l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui a réalisé la décolonisation, au plan juridique, des

« quatre vieilles » et notamment celle de La Réunion en consacrant le principe d'identité législative. Contrairement par ailleurs à l'opinion des mouvements nationalistes et indépendantistes des « quatre vieilles », cette décolonisation est parfaitement valide au regard du droit international. Il en est ainsi, même si elle n'a pas été précédée par un référendum d'autodétermination qui n'était pas une procédure obligatoire en 1946, et même si elle n'a pas abouti à une accession à l'indépendance qui n'est pas, de toute façon, l'unique forme d'émancipation des territoires non autonomes ou assimilés en vertu des règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation forgées par l'Assemblée générale des Nations Unies, au lendemain immédiat de la Seconde Guerre mondiale. Il convient enfin de préciser que le principe général d'assimilation qui s'applique dans les départements de la France métropolitaine n'a pu juridiquement être mis en œuvre dans les quatre départements ultramarins qu'à partir du 24 décembre 1946, conformément à l'article 98 de la norme suprême du 27 octobre 1946 qui fait coïncider son entrée en vigueur officielle avec la date de la première séance du Conseil de la République. C'est bien avec l'application effective de la Constitution de la IV^e République que prend fin le processus de transformation longtemps souhaité des « quatre vieilles » en authentiques « départements français ». C'est au jour historique du 24 décembre 1946 et non à celui du 21 mars 1946 – le jour qui suit la publication de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 au Journal Officiel de la République Française – que l'on doit considérer comme achevée la décolonisation des « quatre vieilles », au moins au plan juridique ou formel. C'est ce jour qui mériterait éventuellement d'être célébré à La Réunion comme nouvelle date fondatrice de son histoire après celle du 20 décembre 1848, marquée par l'abolition définitive de l'esclavage.

Mots-clés :

Décolonisation – Assimilation – Intégration – Association – Autonomie – Indépendantisme – Département d'outre-mer (DOM) – Territoire d'outre-mer (TOM) – Collectivité d'outre-mer (COM) – Commission de l'Océan Indien (COI) – Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – *Lorganizasion popilèr po libèr nout péi* (LPLP).

Abstract:

The law of 19 March 1946 undoubtedly is a law of « departmentalization », for it erected the « Four Old » colonies – namely the colonies of Guadeloupe, French Guyana, Martinique and La Réunion – to the rank of « French departments ». However, it is not a fully-fledged law of decolonization because it puts aside the cardinal principle of legislative or normative identity, generally implied by « departmentalization ». As a matter of law, it should have resulted in an ipso facto equality of treatment, on the legal plan, between mainland France and its overseas territories. In its article 3, this law maintained the diametrically opposed rule of legislative specialty, a fundamentally discriminatory colonial principle inherited from the Old Regime. Despite the historic and symbolic reach it is too often given, the law of 19 March 1946 is not a freeing legal act and, even less, a romantic and revolutionary political act worth celebrating. Truth be told, the decolonization of the « Four Old » colonies was given life by article 73 of the Constitution of 27 October 1946, which consecrated the fundamental principle of legislative identity. Contrary to the opinion of the independentist and nationalist movements of the « Four Old » colonies, this decolonization is perfectly valid as far as international law is concerned. It is valid despite the fact that it was not preceded by a self-determination referendum or that it did not result in independence, for this is not, in any case, the only form of emancipation of

non-self-governing territories according to the customary rules of international law of the decolonization. It should also be stressed that the general principle of assimilation only came into force in the four overseas departments on 24 December 1946, in accordance with article 98 of the Constitution of 27 October 1946, which synchronized its enforcement with the first session of the Council of the Republic. In fact, it is through the effective implementation of the Constitution of the IVth Republic that the long wished-for transformation process of the « Four Old » colonies into genuine French departments ended. It is on the historical day of 24 December 1946 and not that of 21 March 1946 – the day that follows the publication of the 19 March 1946 « departmentalization » law in the Official Journal of the French Republic – that the end of the decolonization of the « Four Old » colonies ought to be celebrated, at least on a legal or formal plan. It is that day that would deserve celebration in La Réunion as a new foundational date in its history, right next to that of 20 December 1848, marked by the final abolition of slavery.

Keywords:

Decolonization – Assimilation – Integration – Association – Autonomy – Independence movement – French Overseas Department – French Overseas Territory – French Overseas Collectivity – Indian Ocean Commission – Self-Determination – *Lorganizasion popilèr po libèr nouit pèi* (LPLP).

Introduction

Au cours de sa jeune et dramatique histoire qui commence sous l'Ancien Régime avec sa prise de possession officielle au nom du roi de France en 1642 et, plus encore, avec sa colonisation effective par le peuplement permanent de son territoire en 1663, on entend souvent dire que La Réunion – une île à l'origine inhabitée et *res nullius* ou territoire sans maître, ancrée dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien entre Madagascar et Maurice – aurait déjà connu deux bouleversements. La Réunion aurait connu l'étape de la liberté avec l'abolition définitive de l'esclavage le 20 décembre 1848 et, près d'un siècle plus tard, celle non moins fondamentale de l'égalité avec l'abolition également irrévocable du régime colonial le 19 mars 1946. Pour dire vrai, si la date du 20 décembre 1848 ne soulève aucun problème pour les historiens et les juristes, il en va tout autrement pour celle du 19 mars 1946.

À ce sujet, deux questions, au demeurant complémentaires, méritent d'être posées. Voici la première qui est aussi la principale. Le fait pour la première Assemblée nationale constituante d'ériger La Réunion au rang de « département français » par la loi du 19 mars 1946 est-il suffisant pour dire que cette île de l'archipel des Mascareignes n'est plus soumise au statut colonial, à cette date précise ? En cas de réponse positive, voici la question subsidiaire. Devons-nous pour autant – comme on l'a déjà fait pour la première date inattaquable du 20 décembre 1848 – célébrer cette deuxième date considérée comme fondatrice de la départementalisation et synonyme, dans beaucoup d'esprits, de décolonisation de La Réunion au plan juridique ou formel ? Devons-nous, par suite, l'ériger au rang de « *jour férié et chômé* » comme l'a notamment proposé le sénateur communiste Paul Vergès, le 12 février 2016¹ ?

Telle est la problématique qui sera abordée dans une étude résolument pluridisciplinaire, dès lors qu'elle fait appel à l'histoire, à la science politique, à la sociologie, au droit constitutionnel et au droit administratif de la République française, sans oublier les règles d'essence coutumière du droit international public de la décolonisation forgées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies depuis sa création, le 26 juin 1945, et mises en application de manière systématique par l'ensemble des tribunaux arbitraux internationaux et, *a fortiori*, par la Cour internationale de Justice de La Haye.

Les questions ci-dessus formulées sont pour le moins délicates. Si la première date – celle du 20 décembre 1848 – fait l'unanimité et ne soulève aucune objection, la deuxième – celle du 19 mars 1946 – interpelle certains juristes

¹ Voir la proposition de loi déposée par le sénateur communiste réunionnais Paul Vergès et enregistrée à la présidence du Sénat le 12 février 2016 in <http://www.senat.fr/leg/pp115-400.html> – document consulté le jeudi 17 février 2022.

constitutionnalistes et internationalistes ainsi que les politologues et sociologues. Il en est ainsi, en raison autant des ambiguïtés et incomplétudes de la loi du 19 mars 1946 que de sa finalité. Dans la mesure où La Réunion – la terre la plus occidentale des Mascareignes – change de statut, dès l’entrée en vigueur de ce texte législatif, sans remettre en cause ses liens multiséculaires avec la France, peut-on vraiment parler d’émancipation de cette île indianocéanique ? Peut-il y avoir une véritable décolonisation si La Réunion se maintient *ad vitam æternam* au sein de l’État français ? Au demeurant, des questions identiques sont posées, dans les mêmes termes, pour trois territoires français du Nouveau Monde, également assujettis à la loi de départementalisation du 19 mars 1946. L’un est isolé en Amérique du Sud avec l’immense Guyane continentale et les deux autres sont situés dans la mer des Caraïbes avec les petites îles voisines de la Guadeloupe et de la Martinique.

Au premier abord, cette problématique peut paraître inconvenante, voire blasphématoire, pour bon nombre de Réunionnais pour qui la question de l’émancipation de l’ancienne « île Bourbon » ne se pose plus depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cependant, quitte à froisser ou à scandaliser, on doit l’aborder, dès lors qu’il n’y a pas eu de consultation référendaire d’autodétermination de la population directement intéressée avant l’adoption d’une loi qui est néanmoins considérée, dans la conscience collective réunionnaise, comme une loi de décolonisation. Plus encore, la loi du 19 mars 1946 – un texte législatif idolâtré par la classe politique locale, toutes obédiences confondues, et par les médias – ne se prononce ni pour une accession de La Réunion à l’autonomie ni, *a fortiori*, pour son accession à l’indépendance, mais en faveur d’une solution diamétralement opposée : une intégration par ailleurs fragmentaire dans la République française, par le biais singulier de la départementalisation.

L’interrogation essentielle qui justifie la présente étude peut être formulée d’une manière encore plus directe. Est-il juridiquement possible de concevoir une authentique décolonisation de La Réunion si cette île demeure incorporée, de manière pérenne, dans l’ancienne puissance coloniale ?

Quelque peu iconoclaste, cette question clef n’est pas théorique. Elle est en effet posée par les mouvements séparatistes de La Réunion et notamment par celui qui est aujourd’hui le plus actif : le Front populaire de libération nationale, plus connu sous le sigle LPLP (en créole *Lorganizacion popilèr po libèr nout péi*). Anticolonialiste, indépendantiste, progressiste et, plus encore, radical dans ses moyens d’expression, ce parti politique marginal, créé le 14 juin 2008 et sans préoccupation électoraliste immédiate, affirme que La Réunion est une terre occupée par une puissance étrangère, une terre où les habitants sont toujours

« victimes du système colonial »². Le LPLP adopte en fait des positions tranchées qui, certes, rencontrent très peu d'échos favorables dans l'opinion publique réunionnaise contemporaine mais qui ont néanmoins le mérite de porter un nouveau regard sur les notions classiques d'assimilation ou d'intégration, d'autonomie et de décentralisation dans le cadre de la République française et, plus encore, d'émancipation ou de décolonisation.

Avec pour slogan « *Par nous-mêmes, pour nous-mêmes* », ce mouvement sécessionniste qui a pour ambition de décoloniser La Réunion justifie son action en partant du postulat selon lequel il n'y a pas vraiment de différence de nature entre l'assimilation ou départementalisation soutenue en 1945 par Raymond Vergès, député du Parti communiste français (PCF), et l'autonomie démocratique et populaire dans le cadre de la République française prônée par Paul Vergès, son fils, lors de la création du Parti communiste réunionnais (PCR) en 1959³, mais tout au plus une différence de degré ou de nuance. Comme d'autres courants nationalistes dont il se déclare être l'héritier naturel, notamment le Mouvement pour l'indépendance de La Réunion (MIR) fondé le 19 septembre 1981 par Jean-Baptiste Ponama et Serge Sinamalé qui, à l'époque, sont de fortes personnalités et, de surcroît, des dissidents du PCR, le LPLP considère que ces deux voies parallèles – proposées par des « *pseudo-communistes* » – sont des « *voies sans issue* » et, plus encore, des voies répréhensibles, dès lors qu'elles contribuent à la dépersonnalisation du peuple réunionnais et à sa culpabilisation par une politique assimilationniste à outrance. Par suite, d'après eux, ces voies ne peuvent que trahir « *les intérêts de la classe ouvrière* » tout en faisant « *le jeu de l'impérialisme français* » : un impérialisme arrogant qui impose toujours sa loi d'airain dans la région du sud-ouest de l'océan Indien. Pour le LPLP, aujourd'hui animé par Bernard Grondin, une certitude s'impose : La Réunion demeure un îlot du colonialisme où la libération reste à faire et son émancipation ne deviendra une réalité tangible que lorsque la population de cette île – une terre isolée et distante de quelque 10 000 kilomètres de Paris – se sera affranchie, de manière définitive, de la tutelle aliénante de la France en accédant au rang d'État réunionnais pleinement indépendant⁴.

² B. GRONDIN, « Proclamation de l'État réunionnais », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 17 décembre 2017, p. 2.

³ A. ORAISON, « Quelques réflexions critiques sur le Parti communiste réunionnais », *APOI*, 1978, volume V, p. 107-134 et notamment p. 116.

⁴ Au cours d'une habile et substantielle *interview* de deux pages, réalisée par le journaliste David Chassagne, l'objectif de l'indépendance de l'île de La Réunion a été clairement évoqué par Bernard Grondin, élu chef du Gouvernement de « l'État réunionnais » le 5 novembre 2017 par une poignée de militants nationalistes du LPLP. Voir à ce sujet D. CHASSAGNE, « Dossier. Un jour, La Réunion sera indépendante », *Le JIR (Dimanche)*, dimanche 26 novembre 2017, p. 10-11.

Dans *Fanal*, le journal des indépendantistes, publié en créole et en français, les responsables du LPLP insistent sur le fait que les aspirations légitimes des habitants de La Réunion n'ont nullement été prises en compte, dès lors qu'ils n'ont « *jamais été consultés sur leur avenir* », tandis que le vote des parlementaires français intervenu en mars 1946 – et notamment celui des députés ultramarins, qualifiés au passage de « *représentants dévoyés* » – n'aurait été qu'une « *mascarade électorale* » réalisée « *au mépris des lois internationales et du droit des peuples à l'autodétermination* » qui sont reconnus par les Nations Unies, dès l'entrée en vigueur de la Charte de San Francisco. Pour le LPLP qui se veut logique avec lui-même, les Réunionnais demeurent donc, aujourd'hui comme hier, « *sous le joug colonial français* ». Pour ce parti politique qui se déclare défenseur intransigeant de l'identité réunionnaise, l'île de La Réunion – un prolongement naturel de l'Afrique de l'Est dans l'océan Indien – n'a rien à voir avec la France hexagonale de la vieille Europe occidentale au triple plan ethnique, historique et culturel et c'est ni plus ni moins bafouer, insulter et outrager les Réunionnais, toujours colonisés, humiliés et opprimés, que d'oser appeler « *à une commémoration solennelle du 19 mars 1946* »⁵.

Certes, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les territoires non autonomes ou assimilés a connu l'un des développements les plus significatifs en tant que chapitre éminent du droit international de la décolonisation établi au sein des Nations Unies, tout au long de la seconde moitié du XXe siècle. C'est une réalité que personne ne saurait contester. Cependant, alors que vient de prendre fin la troisième *Décennie internationale de l'élimination du colonialisme*, proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale pour la période 2011-2020 dans la résolution 65/119, adoptée le 10 décembre 2010 à la quasi-unanimité des États participants (par 153 voix contre 3 et 21 abstentions), force est de constater en 2022 que des « confettis » ou « résidus d'Empires coloniaux » – pour la plupart britanniques et français – existent encore, çà et là, dans plusieurs parties du monde.

Ainsi, dans le secteur sud-ouest de l'océan Indien, un secteur excentré également connu sous le toponyme d'Indianocéanie, l'histoire douloureuse du colonialisme et, d'une manière plus générale encore, l'histoire de toute forme de domination ou d'hégémonie de la part d'une grande puissance européenne ne se conjugue pas encore entièrement au passé, dès lors que subsistent plusieurs vestiges de l'ancien Empire colonial français. Dans cette région essentiellement maritime et encore peu peuplée, certains États riverains insulaires considèrent que leur décolonisation demeure à ce jour « imparfaite » ou « inachevée ». Ancrés dans le voisinage de La Réunion, ces États – tous eux-mêmes issus d'une décolonisation réalisée dans les années 1960 et 1970 – contestent ouvertement la

⁵ TH. LAURET, « Le LPLP critique le PCR », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mardi 20 mars 2012, p. 8.

souveraineté de la France sur plusieurs territoires dispersés dans l'espace indianocéanique : que ces territoires soient habités ou désertiques, grands ou petits, riches ou pauvres en ressources naturelles.

Concrètement, la question se pose pour l'État mauricien qui revendique, depuis le 2 avril 1976, le minuscule récif corallien de Tromelin (à peine 1 km² de terre émergée) et son immense zone économique exclusive (ZEE) de quelque 280 000 km², riche en ressources halieutiques et nodules polymétalliques⁶. Le problème se pose aussi pour l'Union des Comores qui, depuis son accession à l'indépendance proclamée unilatéralement le 6 juillet 1975, invoque chaque année, en droit, le caractère comorien de Mayotte, une terre également connue au plan familial sous le nom d'« île hippocampe » et aujourd'hui surpeuplée en raison de flux migratoires incessants, devenus pratiquement incontrôlables⁷. De manière plus ou moins régulière, le problème est enfin évoqué par les responsables de la république de Madagascar qui – au lendemain du 18 mai 1972, date de la prise du pouvoir par le général de division Gabriel Ramanantsoa (à la suite d'une insurrection populaire) – souhaitent récupérer les îles Éparses : nommément l'archipel lilliputien des Glorieuses et les îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India. Considérés comme paradisiaques en raison de leur faune et de leur flore spécifiques, désormais protégées, ces quatre petits territoires érigés en réserves naturelles sont disséminés dans le canal de Mozambique, la légendaire « Route des Indes » désormais reconvertie, depuis 1967, en « Autoroute des hydrocarbures et des matières premières stratégiques »⁸. C'est dire, en quelques mots, toute leur importance pour la France aux plans environnemental, militaire et politique.

⁶ A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-mauricienne sur le récif de Tromelin (La succession d'États sur l'ancienne Isle de Sable) », *RJOI*, 2012, n° 14, p. 5-118 ; A. ORAISON, « Réflexions critiques sur l'accord-cadre franco-mauricien du 7 juin 2010 relatif à la cogestion économique, scientifique et environnementale du récif de Tromelin et de ses espaces maritimes environnants », *RJOI*, 2015, n° 20, p. 129-168.

⁷ A. ORAISON, « Nouvelles réflexions sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du « cas mahorais » (Les problèmes juridiques et politiques posés à Mayotte sur le plan interne et au niveau international après le vote de la loi organique du 21 février 2007) », *RJOI*, 2009, n° 9, p. 121-192 ; A. ORAISON, « Radioscopie critique de l'inextricable et regrettable querelle franco-comorienne sur l'île de Mayotte (La « nouvelle approche » du Président comorien Ikililou Dhoinine : le dialogue direct entre Comoriens et Mahorais. Une étape sur la voie d'une confédération bilatérale comoro-mahoraise ?) », *RJOI*, 2013, n° 16, p. 153-176.

⁸ A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique (La succession d'États sur l'archipel des Glorieuses et sur les îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India) », *RJOI*, 2010, n° 11, p. 147-233 ; A. ORAISON, « Radioscopie critique du décret français du 1^{er} avril 1960 (À propos du différend franco-malgache sur les îles Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India) », *La Revue Juridique de Madagascar Conseil International (Revue MCI)*, 2015/2016, n° 72-73 (Dossier Spécial Îles Éparses), p. 47-57.

Pour être exhaustif, il convient de mettre l'accent sur une autre réalité irréfutable. Régie par les lois de la France depuis près de quatre siècles, La Réunion n'est revendiquée par aucun État riverain de l'océan Indien⁹. Cette île est-elle pour autant une terre qui doit être décolonisée, comme le clament avec détermination les indépendantistes et nationalistes réunionnais ? Introduite par la loi du 19 mars 1946, la départementalisation de l'ancienne « île Bourbon » est-elle réellement synonyme d'aliénation de ses habitants, des habitants comparés par les responsables du LPLP « à des esclaves qui veulent ni plus ni moins garder leurs chaînes sous prétexte qu'ils les ont toujours portées et qu'ils s'y sont habitués ». Ce territoire de l'Indianocéanie n'aurait-il donc pas été émancipé conformément aux règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation conçues dans le cadre universel des Nations Unies ? En ce début du XXI^e siècle, peut-on véritablement dire que La Réunion demeure un îlot du colonialisme où la libération reste à faire ? Dans l'hypothèse d'une réponse positive, faut-il alors opter pour une sanction appropriée contre la France, comme le suggèrent les sécessionnistes du LPLP, en inscrivant *illico presto* La Réunion sur la liste des pays à décoloniser en priorité, une liste officielle établie par l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale et périodiquement mise à jour ?

C'est bien à l'ensemble de ces légitimes interrogations, à la fois très importantes et complémentaires, que nous devons répondre, point par point, dans la présente radioscopie critique. Pour y parvenir dans la plénitude et la transparence, il importe en conséquence d'envisager la délicate et sulfureuse question de l'émancipation ou décolonisation de l'île de La Réunion sous les feux croisés du droit constitutionnel français (I) et du droit international public (II).

⁹ Situées pour partie dans le bassin méridional de l'océan Indien et pour une autre sur le continent Antarctique (avec la terre Adélie), les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) ont au moins un point commun très important avec la région monodépartementale de La Réunion : elles ne sont en effet revendiquées par aucun État. Néanmoins, il existe une différence fondamentale entre ces deux territoires français de l'hémisphère Sud, au plan démographique. Alors que La Réunion, sans conteste modeste par la taille, est déjà surpeuplée, les TAAF, gigantesques au plan territorial, sont totalement dépourvues de populations autochtones ou permanentes et ne peuvent, par voie de conséquence, faire l'objet d'un quelconque processus de décolonisation. Voir notamment A. ORAISON, « Le statut des Terres australes et antarctiques françaises à la lumière de l'article additionnel 72-3 de la Constitution (La création d'une nouvelle collectivité territoriale *sui generis* de la République en application de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003) », *RFDA*, 2007, n° 4, p. 681-695.

I. La problématique de la décolonisation de l'île de La Réunion envisagée à l'aune du droit constitutionnel français

Pour la plupart des observateurs – historiens, juristes, politologues et sociologues – qui ont abordé la question de la décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion sous l'angle du droit interne français, c'est une évidence. Le statut de ces territoires aurait été scellé peu après la Libération à la suite d'une revendication émise depuis plusieurs décennies, voire depuis 1790, par les représentants des populations des quatre colonies françaises parmi les plus anciennes, le plus souvent désignées en commun sous un nom aucunement péjoratif mais plutôt affectueux : celui des « quatre vieilles »¹⁰. Ce constat est un fait avéré à La Réunion où les élus ont, pour la plupart, plaidé avec lyrisme pour la reconnaissance de liens de plus en plus étroits avec le modèle départemental métropolitain et, plus encore, pour une assimilation juridique intégrale de leur île à la Nation française pour une multitude de raisons qui sont autant rationnelles que sentimentales.

Ainsi, contrairement à l'abolition définitive de l'esclavage qui a été imposée en 1848 par les dirigeants de la France hexagonale dans toutes les colonies et notamment dans les « quatre vieilles », le statut de « département français » qui est reconnu en 1946 à chacune de ces dépendances périphériques ne résulte nullement d'une volonté unilatérale du Pouvoir central ou d'une fantaisie ou tocade d'élites parisiennes, jugées clairvoyantes et émancipatrices. La décolonisation des « quatre vieilles » a été le fruit d'initiatives convergentes, inébranlables et réitérées des populations d'outre-mer directement concernées et cela, bien avant d'être reprises et consacrées, grâce à l'action de leurs représentants démocratiquement élus à la première, puis à la seconde Assemblée nationale constituante.

Rendu enfin crédible, dès 1945, par l'arrivée de Gouvernements d'union nationale comprenant notamment des membres éminents du PCF, un parti politique à l'époque très influent au plan national, le concept égalitariste de la départementalisation est officiellement revendiqué à l'Assemblée nationale constituante : en janvier et en février 1946. Il a nommément été exigé par cinq

¹⁰ À la Chambre des députés de la III^e République, le grand tribun socialiste Jean Jaurès n'avait pas hésité à comparer, non sans grandiloquence, les quatre plus anciennes colonies de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de La Réunion à des « lambeaux de l'Histoire de France palpitant sous d'autres cieux » et à soupçonner sous leur appellation commune – nommément les « quatre vieilles » – beaucoup plus de tendresse que d'irrespect. Voir à ce sujet D. GUERIN, *Les Antilles décolonisées* (Préface d'Aimé Césaire), Paris, Présence Africaine, 1956, 188 p. et notamment p. 153.

députés ultramarins progressistes – Gaston Monnerville, député radical-socialiste de la Guyane française ; Léopold Bissol et Aimé Césaire, députés communistes de la Martinique ; Léon de Lépervanche et Raymond Vergès, députés communistes de La Réunion – avant d’être adoptée à l’unanimité mais, selon notre point de vue, de façon édulcorée par la première Assemblée nationale constituante dans la loi du 19 mars 1946.

De manière fort contestable, cette loi a été qualifiée à la commission des Territoires d’outre-mer de loi « *d’égalisation* » par Aimé Césaire, alors député-rapporteur des trois propositions de loi « *tendant au classement comme départements français* » des « quatre vieilles »¹¹. Au diapason avec l’élu martiniquais et dans un sens qui nous paraît tout autant erroné, l’historien réunionnais Eugène Rousse qualifie, pour sa part, la loi de départementalisation du 19 mars 1946 de « *loi d’égalité Vergès-Lépervanche* »¹². Au nom de la stricte vérité, nous aurons à cœur de prouver qu’il n’en est rien.

Notre thèse vise à démontrer que ce n’est pas le statut départemental – envisagé uniquement au sens organisationnel et administratif ou *stricto sensu* – qui est le véritable critère de l’intégration des « quatre vieilles », au plan juridique, mais le principe d’identité législative ou normative qui leur est reconnu applicable par la Constitution du 27 octobre 1946. Il s’agit d’un principe fondamental sans lequel la départementalisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion n’aurait été ni une véritable assimilation à la Nation française ni une authentique décolonisation.

Pour avoir une vue panoramique de la question, quatre points principaux seront ici mis en exergue. D’abord, l’événement censé être primordial qu’est la loi du 19 mars 1946 n’a pas surgi, comme par enchantement, d’un coup de baguette magique en Amérique du Sud, dans la mer des Caraïbes et dans l’océan Indien occidental. En vérité, ce texte législatif est le résultat d’un très long cheminement politique qui remonte à la Révolution de 1789 (A). Ensuite, la loi qui institue le statut départemental outre-mer s’analyse comme un refus d’aboutir à une rupture définitive avec la France tout en étant, à la date précise du 19 mars 1946, un refus peu compréhensible de rompre avec un passé colonial

¹¹ Rapport fait au nom de la commission des Territoires d’outre-mer (sur les propositions de loi déposées par les députés des vieilles colonies) par M. Aimé Césaire, député, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 février 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 520. Le texte intégral de cet important rapport a été reproduit in F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l’assemblée constituante*, Collection « Études et documents » sous la direction du Collectif « 1946-1996 », 1996, Saint-André (île de La Réunion), Les Presses de Graphica, 1996, 237 pages. Voir notamment p. 175-185 et tout particulièrement p. 178.

¹² E. ROUSSE, « Le scrutin historique du 21 octobre 1945 », *Le Journal de l’île de La Réunion*, mercredi 21 octobre 2015, p. 19.

discriminatoire. Il en est ainsi, dès lors que la loi du 19 mars 1946 ne reconnaît pas applicable à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à La Réunion le principe d'identité législative, un principe qui sera consacré dans les « quatre vieilles », peu de temps après, par la Constitution du 27 octobre 1946 (B). Par la suite, sous la Constitution du 4 octobre 1958, une intégration concrète de ces dépendances à la France hexagonale est revendiquée par les députés ultramarins progressistes et sera obtenue le 1^{er} janvier 1996, au nom du principe supplétif de l'égalité sociale individuelle (C). Devenue enfin réelle, l'assimilation de ces quatre territoires à la France métropolitaine est toutefois suivie, au lendemain de l'importante révision constitutionnelle du 28 mars 2003, d'un déclin rapide du concept de département dans les Outre-mer, sans pour autant que soit remise en cause leur décolonisation (D).

A. La décolonisation de La Réunion par la voie de la départementalisation : le recours à un logiciel très ancien qui remonte à la Révolution française de 1789

Pour le professeur Yvan Combeau, la départementalisation de La Réunion est, à tous égards, une forme originale d'émancipation qu'il qualifie, au passage, de « *décolonisation intra-française* ». Consacré par la loi du 19 mars 1946, ce bouleversement institutionnel est défini par notre éminent collègue « *comme l'aboutissement d'une volonté politique* » dans la mesure où il répond à un dessein très tôt affirmé d'une assimilation toujours plus forte des Réunionnais à la France continentale. Pour Yvan Combeau, c'est une claire et évidente finalité ainsi exprimée, non sans emphase : « *Une décolonisation intra-française : la formule contient tous les paradoxes de ce moment de ruptures et de pérennité. L'île de La Réunion quitte les rivages coloniaux pour mieux s'ancrer à la Nation France* »¹³.

Bien que sujette à controverses, comme va le révéler la thèse soutenue dans la présente étude, l'observation d'Yvan Combeau s'applique, au même degré, aux trois colonies françaises d'Amérique créées au début du XVII^e siècle (la Guadeloupe, la Guyane et la Martinique) et dont les parlementaires élus le 21 octobre 1945 se prononcent, eux aussi et majoritairement, pour renforcer leur ancrage au sein de la République dans un idéal commun de destin et sur un pied d'égalité entre Ultramarins et Métropolitains, conformément à la devise nationale de la France – « *Liberté, Égalité, Fraternité* » – consacrée par la Constitution du 4 novembre 1848 : celle qui a donné naissance à la II^e République.

¹³ Y. COMBEAU, « La départementalisation : *une décolonisation intra-française* », in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultramarine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 15-24 et notamment p. 15.

Ainsi exprimés dans les quatre plus vieilles dépendances françaises qui sont autant des colonies de peuplement que d'exploitation, ayant connu tour à tour l'Ancien Régime et la Révolution de 1789, les mots d'ordre d'assimilation et d'intégration à la France métropolitaine qui triomphent à travers la départementalisation, au cours de l'année 1946, ne sont nullement des aubaines tombées du ciel. Ils ne sont ni le fruit du hasard ni le fait d'une extravagance, illumination, foucade ou passade soudaine qui aurait jailli, comme par miracle, après la Seconde Guerre mondiale. En vérité, comme le souligne à juste titre Aimé Césaire, il y a eu en ce domaine une multitude de signes avant-coureurs, de plus en plus nombreux et surtout convergents. Dans son rapport rédigé le mardi 26 février 1946, au nom de la commission des Territoires d'outre-mer, et repris le mardi 12 mars suivant à l'Assemblée nationale constituante, le député communiste de la Martinique insiste sur le fait que l'exigence de l'assimilation n'est, en aucune façon, une lubie et encore moins une « *improvisation* » mais, bien « *au contraire, l'aboutissement normal d'un processus historique et la conclusion logique d'une doctrine* »¹⁴.

Évoqué avec moult exemples à l'appui par l'élu antillais, le processus historique en question a commencé très tôt, pratiquement dès la fin du XVIII^e siècle, dans le cadre d'un débat institutionnel passionné entre deux conceptions antinomiques : une alternative entre une doctrine colonialiste cataloguée comme réactionnaire et une doctrine assimilationniste considérée comme progressiste ou, pour être encore plus précis, un conflit dialectique entre un régime d'autonomie pour les lointaines dépendances ultramarines, soumises à des statuts spécifiques et discriminatoires, et leur intégration à la France métropolitaine par le biais du statut départemental, jugé d'emblée profondément égalitariste.

De manière concrète, cette problématique se pose depuis que des décrets de la Révolution française, datés des 15 janvier et 26 février 1790, ont divisé le territoire de la France européenne en départements qui seront, à l'origine, au nombre de 83¹⁵. Des projets constitutionnels plus ou moins ambitieux et crédibles sont aussitôt déposés et de nombreuses doléances, émanant de représentants ultramarins, sont formulées afin d'ériger en départements français les plus anciennes colonies de la France périphérique. Faut-il, à ce sujet, préciser que le statut de département – un statut en déclin dans les Outre-mer depuis la révision

¹⁴ Rapport fait au nom de la commission des Territoires d'outre-mer (sur les propositions de loi déposées par les députés des vieilles colonies) par M. Aimé Césaire, député, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 février 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 520, p. 2 ; Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, p. 659-666 et tout particulièrement p. 660.

¹⁵ CL. WANQUET, « Boissy d'Anglas, la Constitution de l'an III et la première départementalisation des colonies », in E. MAESTRI, 1946 : *La Réunion, Département. Regards sur La Réunion contemporaine*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 273-278 et notamment p. 273.

constitutionnelle du 28 mars 2003 – est perçu à l’origine comme une échappatoire à une position d’infériorité ou d’inégalité dans tous les territoires coloniaux français ?

Dans ce contexte de rénovation, survenu après l’abolition de la Royauté le 10 août 1792, et à l’initiative du député-rapporteur pour les questions coloniales, en la personne de François Antoine Boissy d’Anglas, la Constitution de la I^{ère} République ou Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) avait prévu pour les diverses composantes du premier Empire colonial français constitué sous l’ancienne France monarchique – une quinzaine de territoires dispersés sur le continent américain, dans la mer des Caraïbes et l’océan Indien – une assimilation intégrale à l’organisation administrative et au régime législatif de la France métropolitaine, avec l’instauration du statut départemental.

Présenté comme égalitariste, ce statut apparaît comme la suite logique de la première abolition de l’esclavage prononcée dans les colonies françaises par le décret de la Convention du 16 pluviôse an II (4 février 1794), à la suite de critiques émanant des encyclopédistes et philosophes du « siècle des Lumières ». Dans son article 6, la Constitution thermidorienne dispose ainsi, très clairement, que « *les colonies françaises font partie intégrante de la République* » et sont, par suite, « *soumises à la même loi constitutionnelle* ». Dans son article 7, la norme suprême de la I^{ère} République spécifie que ces territoires sont « *divisés en départements* », dont nommément ceux de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion¹⁶. Pour sa part, la loi du 12 nivôse an VI (1^{er} juillet 1798) fait preuve d’un esprit de continuité toute cartésienne, dès lors qu’elle complète la Constitution du 5 fructidor an III en posant, dans son article 28, le principe d’une assimilation des colonies au plan législatif.

Cette première réforme constitutionnelle des institutions ultramarines – une réforme égalitariste mise en œuvre dans le cadre d’une République définie comme « *une et indivisible* » – est présentée comme un progrès majeur dans la mesure où elle fait des habitants des colonies françaises des « *citoyens à part entière* ». Pourtant, elle ne sera pas suivie d’effets pérennes. D’entrée de jeu, elle a été vilipendée par les représentants des planteurs (il s’agit des colons blancs) des anciennes colonies qui ont invoqué essentiellement des raisons d’ordre économique pour refuser d’appliquer le décret d’abolition de l’esclavage du 16 pluviôse an II dans leurs pays respectifs. Il en est notamment ainsi dans les trois îles françaises de l’archipel des Mascareignes : La Réunion, Maurice et Rodrigues.

¹⁶ L’historien Claude Wanquet précise que c’est bien avec la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) que « *La Réunion devient officiellement, et pour la première fois, au regard de la République française, département de cette République* ». CL. WANQUET, « Boissy d’Anglas, la Constitution de l’an III et la première départementalisation des colonies », *ibid.*, p. 278.

Aussi, cette réforme emblématique est-elle abandonnée par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) qui réintroduit sous le Consulat, dans son article 91, le principe de la spécialité législative dans l'ensemble des colonies françaises et cela, avant même l'ignominieux rétablissement de l'esclavage par le Premier consul Bonaparte, le futur Napoléon, en application de la loi du 30 floréal an X (20 mai 1802). Quant au statut de département, auquel est inévitablement associé le principe d'identité législative, il est désormais exclu pour les territoires ultramarins. Ce statut est de nouveau réservé aux seuls territoires de la France métropolitaine et il en sera ainsi pendant une très longue période et dans les différents régimes qui vont se succéder. Outre le Consulat, il faut en effet mentionner le I^{er} Empire, la Restauration, la Monarchie de Juillet, la II^e République, le II^e Empire, la III^e République et le régime de Vichy. Dûment complété par le principe constitutionnel d'identité normative, le statut de département ne reprendra vie outre-mer, de manière effective, qu'avec l'adoption de la norme suprême du 27 octobre 1946 : celle qui donne naissance à la IV^e République.

Entre temps, la réforme en faveur de la départementalisation a été reprise à l'Assemblée constituante chargée d'adopter, au cours de l'année 1848, la Loi fondamentale de la II^e République. À l'occasion de ses débats, l'illustre abolitionniste Victor Schœlcher avait en effet soumis un important amendement qui visait à transformer, ni plus ni moins, les « quatre vieilles » en départements français. Cet amendement qui ne sera pas finalement retenu était ainsi conçu : « *La présente Constitution est applicable à la Martinique, à la Guadeloupe, à la Réunion et à la Guyane. Ces colonies jouiront du droit commun de la France, sauf les exceptions propres à elles qui seront déterminées par la loi* »¹⁷.

À la même époque, en sa qualité de commissaire général de la République, Joseph Napoléon Sébastien Sarda Garriga, dit Sarda-Garriga, avait prophétisé cette évolution institutionnelle pour cette petite île du bassin sud-ouest de l'océan Indien. À la veille de l'abolition de l'esclavage dans toutes les colonies et possessions françaises, une abolition cette fois-ci irrévocable décidée par le Gouvernement provisoire de la II^e République en vertu du décret du 27 avril 1848 et qu'il devait, pour sa part, rendre officiellement et effectivement applicable à La Réunion le 20 décembre 1848, Joseph Sarda-Garriga déclarait avec une grande sagacité, dès le 17 octobre de la même année : « *Quand cette terre si éminemment française ne portera plus d'esclaves, elle formera, j'en ai l'assurance, dans la grande unité nationale, un département d'Outre-mer gouverné par les lois générales de la Métropole* »¹⁸.

¹⁷ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, Collection « Droit public positif », 1982, 378 pages et notamment p. 33.

¹⁸ A. ORAISON, « L'attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996 : qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ? », in E. MAESTRI, 1946 : *La Réunion*,

Cette idée quasi obsessionnelle visant à ériger les « quatre vieilles » en « départements français » sur le modèle des départements de la France hexagonale sera de nouveau avancée, à plusieurs reprises, sous la III^e République par des formations politiques et des parlementaires ultramarins qui réclament périodiquement l'assimilation intégrale des « Français d'outre-mer » et l'application systématique des lois métropolitaines dans leurs territoires. De fait, plusieurs grandes lois républicaines allant dans cette direction seront adoptées, dès lors qu'elles accordent aux citoyens des « quatre vieilles » des droits fondamentaux identiques à ceux de la France continentale. Il faut ainsi mentionner les lois sur la liberté de la presse et la liberté de réunion en 1881, la loi sur la liberté d'association en 1901 ou les lois sur les libertés syndicales qui prennent corps entre 1884 et 1919.

De surcroît, et bien avant leur départementalisation officielle et complète au plan formel, issue de l'action combinée du Législateur et du Constituant, respectivement en mars et octobre 1946, les habitants des quatre plus anciennes possessions françaises d'outre-mer envoyaient déjà des députés et des sénateurs siéger au Parlement pour voter les lois nationales et contribuer ainsi à assurer, de conserve avec leurs collègues des départements métropolitains, la pérennité de la Nation française.

Une politique d'assimilation et d'intégration que l'on peut qualifier de feutrée ou tacite, mais toujours plus étroite à la France européenne, était ainsi engagée dans les « quatre vieilles » en vue de les soustraire à un régime d'exception et à la discrimination coloniale. La résultante de cette évolution pragmatique est telle que, au lendemain du Second Conflit mondial, l'architecture institutionnelle de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion est incontestablement plus proche de celle des départements de la France métropolitaine que de celle des autres territoires français d'outre-mer. Ce constat est lui-même établi par plusieurs de leurs élus. Ainsi, lors de son intervention à la tribune de l'Assemblée nationale constituante, le jeudi 14 mars 1946, le député socialiste antillais, Paul Valentino, affirme qu'il a « *toujours considéré que la Guadeloupe constituait un département* »¹⁹. Il en est de même pour le député radical-socialiste de la Guyane française qui se prononce le même jour au Parlement : pour Gaston Monnerville, il est évident que son vaste pays sud-américain « *n'est plus une colonie* » depuis très longtemps, « *mais un département de fait* »²⁰. Il en est effectivement ainsi dans ces deux cas – au moins au plan strictement organisationnel et administratif – et cela, bien avant le vote de

Département. Regards sur La Réunion contemporaine, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 249-271 et notamment p. 269.

¹⁹ Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du jeudi 14 mars 1946, *JORF*, 15 mars 1946, p. 751-762 et tout particulièrement p. 754.

²⁰ *Idem*.

la très médiatique mais fort incomplète loi de départementalisation du 19 mars 1946.

Dans le sens de l'opinion émise par ses collègues ultramarins, Aimé Césaire avait déjà évoqué à l'Assemblée nationale constituante, dès le mardi 12 mars 1946, quelques-unes des dates marquantes susmentionnées qui sont de nature à justifier la revendication de l'assimilation des « quatre vieilles » aux départements métropolitains²¹. C'est ce contexte évolutif, ainsi décrit, qui permet de comprendre les doléances, multiples et de plus en plus insistantes, qui surgissent dans la seconde moitié du XIXe siècle pour converger, en fin de compte, sur les mots d'ordre d'intégration et de communauté de destin avec la France continentale. Par suite, il n'est pas étonnant de constater que les conseils généraux de la Guadeloupe, de la Martinique et de La Réunion – calqués sur le modèle des conseils généraux métropolitains en vertu d'un décret-loi du 3 décembre 1870 – aient souhaité, dans le cadre du nouveau régime républicain qui est en train de se mettre en place, la transformation de leurs « territoires coloniaux » respectifs en « départements français » : notamment en 1874, en 1881 et en 1882.

Au Parlement de la III^e République, les parlementaires des « quatre vieilles » prennent eux aussi de nombreuses initiatives ciblées qui vont pratiquement toutes dans la même direction. Ainsi, Jules Issac, sénateur de la Guadeloupe et son collègue Vincent Allègre, sénateur de la Martinique, déposent sur le bureau du Sénat, dès le 15 juillet 1890, une proposition de loi commune visant au classement des deux colonies de la mer des Caraïbes au rang de « départements français »²². Il en est de même lorsque Henry Lémery, avocat renommé et sénateur de la Martinique – de surcroît assimilationniste convaincu des Antilles à la République française – présente à son tour, le 25 janvier 1923, une proposition de loi tendant à transformer en « départements français » non seulement les colonies voisines de la Guadeloupe et de la Martinique mais aussi celle plus lointaine de La Réunion²³.

Dans les années 1930, la demande appuyée d'une assimilation juridique intégrale par le biais de la départementalisation dans les « quatre vieilles » ira encore *crescendo*. La politologue Françoise Vergès souligne que cette requête instantane d'ordre statutaire a été précédée à La Réunion par une forte mobilisation de la classe ouvrière et paysanne entre les deux guerres mondiales et une série de

²¹ Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, p. 660.

²² L. ABENON, « De la départementalisation à l'autonomie : l'itinéraire politique d'Aimé Césaire de 1945 à 1962 », in E. MAESTRI, 1946 : *La Réunion, Département. Regards sur La Réunion contemporaine*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 225-232 et notamment p. 226.

²³ V. SABLÉ, *Les Antilles sans complexes : une expérience de décolonisation (Recueil de discours et d'écrits)*, Paris, Éditions G.-P. Maisonneuve et Larose, 1972, 309 p. et notamment p. 17.

grèves, dont celle du 11 novembre 1936 où quelque « 6 000 ouvriers défilèrent dans les rues de Saint-Denis », puis par une série d'élections importantes au lendemain de la Libération²⁴. Né lors du Front populaire, le mouvement syndical – animé par Léon de Lépervanche en 1936 et 1937 – présente à La Réunion une très grande homogénéité en 1945. Affilié à la Confédération générale du travail (CGT), un seul syndicat regroupe en effet tous les travailleurs : ceux de la fonction publique et ceux du secteur privé.

Mais avant même l'avènement du Front populaire en 1936, la revendication institutionnelle – incarnée par le slogan « *La Réunion département français* », inscrit sur les banderoles – apparaît lors de manifestations ouvrières, dès 1935, avec pour objectif la mise à niveau des Réunionnais avec les Métropolitains, principalement au plan social. Par la suite, l'exigence d'une assimilation intégrale des Réunionnais à la Nation française par les forces politiques et syndicales de gauche prendra une tournure décisive après le Second Conflit mondial. Mais dès à présent, il convient de le souligner. Contrairement aux dires sans cesse ressassés des courants indépendantistes, la départementalisation des quatre plus anciennes dépendances françaises n'a pas été imposée par le Pouvoir central. Elle n'est en aucune façon le fait autoritaire ou régalien de la puissance administrante. C'est une requête très ancienne, bien pesée et surtout indéfectible qui émane exclusivement des forces populaires d'outre-mer et plus précisément encore, après la Libération, des forces de la gauche socialiste et communiste²⁵.

Pour des raisons qui sont faciles à comprendre, la revendication de la départementalisation va encore s'accélérer à La Réunion pendant la Seconde Guerre mondiale. Isolée dans l'océan Indien occidental, cette modeste colonie n'a, certes, joué qu'un rôle insignifiant, au cours de la période 1939-1945. Mais le ralliement politique de l'île au régime de Vichy, dès 1940, a signifié aussitôt pour elle un terrible blocus économique qui, par suite, a entraîné le dénuement le plus complet de ses habitants²⁶. Obligée de vivre en régime autarcique, la population

²⁴ F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l'assemblée constituante*, op. cit., p. 221.

²⁵ Pour justifier la revendication du statut départemental sur le modèle des départements métropolitains, lors des débats qui eurent lieu le mardi 12 mars 1946 à la première Assemblée nationale constituante, le député communiste Raymond Vergès évoquait l'existence de liens très anciens et puissants entre l'ancienne « île Bourbon » et la France hexagonale : « *Sans être aux antipodes, l'île de la Réunion se situe à une dizaine de milliers de kilomètres dans les mers du Sud, c'est-à-dire très loin de la métropole. Cependant, nulle autre colonie ne s'y rattache par des liens plus étroits ni plus solides* ». Sur un ton affectif et en guise de conclusion, Raymond Vergès formulait une pressante et touchante supplique auprès de ses collègues métropolitains : « *Accueillez-nous ! Voici trois cents ans que nous attendons !* ». Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, respectivement p. 663 et 664.

²⁶ L'autorité du régime de Vichy a toutefois été de courte durée. La Réunion a été la première des « quatre vieilles » à être libérée. Sa libération a été réalisée dès le 28 novembre 1942 par les Forces françaises libres (FFL), arrivées à bord du contre-torpilleur le « Léopard ». Quasi

est contrainte d'opérer la reconversion des terres. Les cannes à sucre sont incontinent remplacées par des cultures nourricières ou vivrières : féculents, maïs, manioc et riz. André Scherer souligne qu'à la Libération, l'île de La Réunion est exsangue. Son agriculture est entièrement désorganisée, tandis que le réseau routier existant ne correspond plus « *aux nécessités d'une économie moderne* »²⁷. Mis en service le 20 février 1892, le réseau ferré qui avait été jadis « *l'orgueil des Réunionnais* » est lui aussi « *à bout de souffle* »²⁸, tout comme l'unique et modeste port de la Pointe-des-Galets. L'enseignement public n'est plus adapté et le nombre d'analphabètes apparaît très élevé, surtout parmi les femmes. À la même époque, la sous-nutrition, l'alcoolisme et les maladies endémiques – notamment le paludisme et la tuberculose – font des ravages dans les campagnes comme dans les bidonvilles urbains de la colonie.

C'est dans ce contexte défavorable, à tous égards cauchemardesque et proche de l'apocalypse, qu'une transformation radicale du statut de l'unique terre française des Mascareignes (depuis 1814) s'impose désormais aux yeux du plus grand nombre de Réunionnais, plongés dans une indigence chronique. Pour l'historien André Scherer, « *l'île ne pouvait être sauvée – il s'agissait en fait de la survie de la population – que par un énergique intervention extérieure, qui ne pouvait venir que de la métropole* »²⁹. Impliquant une égalité des droits avec les citoyens de la France européenne, en priorité au plan social, le statut départemental apparaît alors véritablement comme la panacée à tous les maux.

Encore faut-il préciser que le bilan dantesque ainsi établi ne concerne pas uniquement l'île de La Réunion, une terre isolée dans l'océan Indien occidental et très éloignée de la métropole. Il est en tous points analogue à celui des trois anciennes colonies françaises de l'Amérique latine comme l'a très bien exposé Aimé Césaire, le rapporteur de la Commission des Territoires d'outre-mer pour les trois propositions de loi visant à la transformation des « quatre vieilles » en « départements français ». À la tribune de la première Assemblée nationale constituante, lors de la séance plénière du mardi 12 mars 1946, le député-maire de Fort-de-France – un homme à l'évidence au courant de l'immense détresse de ses concitoyens de la Caraïbe – faisait état de situations particulièrement préoccupantes :

unanime, la population réunionnaise s'est aussitôt ralliée à la France combattante du général de Gaulle afin de poursuivre la lutte aux côtés des Alliés. L'année suivante, c'est la Guyane qui rallie la France combattante le 17 mars 1943, puis la Martinique le 14 juillet 1943 et enfin la Guadeloupe le 15 juillet de la même année.

²⁷ A. SCHERER, *Histoire de la Réunion*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 1966, p. 96-100 et notamment p. 98.

²⁸ *Idem*, p. 98.

²⁹ *Idem*, p. 100.

« *Mais si les Antilles et la Réunion ont besoin de l'assimilation pour sortir du chaos politique et administratif dans lequel elles se trouvent plongées, elles en ont surtout besoin pour sortir du chaos social qui les guette. Tous les observateurs sont d'accord pour affirmer que les problèmes sociaux se posent à la Martinique, à la Guadeloupe, à la Réunion avec une acuité telle que la paix publique en est gravement menacée* »³⁰.

Contre l'avis des représentants des colons blancs, c'est-à-dire contre une partie de la droite réunionnaise, contre une aristocratie foncière ultra-conservatrice qui, à l'époque, est ouvertement autonomiste et redoute une pression fiscale accrue ainsi que la perte de ses privilèges, l'assimilation est désormais exigée par les forces de la gauche républicaine, rassemblées au double plan politique et syndical à l'initiative de la petite et moyenne bourgeoisie, afin de redresser une situation jugée, à tous égards, désastreuse et assurer enfin le décollage économique et le progrès social de La Réunion.

Quelques mois après une euphorie générale bien compréhensible lors de la Libération, la grande unité susmentionnée des syndiqués cégétistes réunionnais connaît un prolongement mémorable avec la création, dès le dimanche 11 mars 1945, du Comité républicain d'action démocratique et sociale (CRADS) à l'initiative d'une très forte personnalité : le docteur Raymond Vergès, président de la fédération réunionnaise de la Ligue des droits de l'homme et du citoyen (LDH) depuis 1934 et, de surcroît, haut dignitaire de la franc-maçonnerie depuis 1939. Au plan organisationnel, le CRADS n'est pas vraiment un parti politique mais plutôt un front de classes regroupant des personnalités du centre droit et de la gauche et dans lequel les communistes locaux ont joué un rôle prépondérant. En raison de l'existence d'un prolétariat important, ces militants sont solidement implantés dans l'île bien avant la fin de la Seconde Guerre mondiale et avant même que ne soit créée, le dimanche 30 novembre 1947, la fédération réunionnaise du PCF, une nouvelle fois à l'initiative du docteur Raymond Vergès.

Quant à sa finalité, le CRADS se présente comme un vaste rassemblement anticapitaliste et anticolonialiste dont l'objectif est de mieux défendre les intérêts des Réunionnais en contribuant au développement économique et social de leur île. Concrètement, le CRADS entend mettre un terme à la paupérisation de la population locale sous la bannière d'un binôme jugé *a priori* indissociable. Il opte pour un choix stratégique impliquant une émancipation atypique de La Réunion par l'instauration du statut départemental et une égalité effective de droits entre Réunionnais et Métropolitains. Au passage, le CRADS prend soin de préciser – comme pour bien se faire comprendre des détenteurs du Pouvoir central – que

³⁰ Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, p. 661.

derrière une logique institutionnelle, il doit impérativement y avoir une logique sociale.

B. La décolonisation de La Réunion par la voie de la départementalisation : un logiciel officiellement revendiqué par ses députés progressistes élus en 1945

Pour démentir de manière catégorique les allégations des mouvements indépendantistes de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion selon lesquelles la départementalisation a été un statut décidé unilatéralement par le Pouvoir central, il convient de rappeler une évidence historique. Si l'abolition définitive de l'esclavage en 1848 a bien été imposée aux colons blancs des « quatre vieilles » par les dirigeants républicains de la France hexagonale et mise en œuvre par les gouverneurs et commissaires généraux de la République, l'abolition également définitive du régime colonial au cours de l'année 1946 a été réalisée conformément aux vœux démocratiquement exprimés par les populations locales, leurs conseils généraux³¹ et leurs représentants élus à la première, puis à la seconde Assemblée nationale constituante avec, pour la plupart, une volonté sincèrement égalitariste.

Un procès-verbal en ce sens peut être dressé à La Réunion à la suite d'une série d'élections programmées immédiatement après le Second Conflit mondial. C'est en effet sous l'étendard de l'assimilation juridique et de l'intégration administrative à la Nation française par la voie du statut départemental que le CRADS, en quête d'un idéal d'égalité en matière économique et sociale, remporte en l'espace de quelques mois de nombreux, éclatants et grandissants succès à l'occasion de plusieurs consultations locales : d'abord municipales, puis cantonales et enfin législatives.

D'abord, le CRADS enlève 12 communes sur les 23 que compte à cette époque la colonie aux élections municipales du 27 mai 1945, dont les agglomérations les plus importantes au double plan démographique et stratégique : La Possession, Le Port, Saint-André, Saint-Denis, Saint-Louis, Saint-Paul et Saint-Pierre. Comme on pouvait s'y attendre, les deux leaders « cradsistes » – le syndicaliste Léon de Lépervanche et le docteur Raymond Vergès – figurent parmi les personnalités victorieuses et deviennent sur-le-champ

³¹ En ce sens, on peut citer une motion adoptée sans opposition à Fort-de-France, le 6 février 1946, par l'assemblée délibérante locale. Le contenu de ce texte est très clair : « *Le Conseil Général de la Martinique, réuni en session extraordinaire, demande expressément à l'Assemblée Constituante de décider solennellement, à l'instar des assemblées révolutionnaires de 1793 et de 1848, que la Martinique est partie intégrante de la Nation Française et de l'assimiler complètement aux départements français, avec toutes les conséquences de droit et de fait que comporte cette constitution* ». Voir V. SABLÉ, *La transformation des Isles d'Amérique en départements français*, Paris Éditions Larose, 1955, p. 143.

maires de leurs villes respectives : Le Port et Saint-Denis. Dans la foulée, le CRADS consolide sa suprématie électorale en obtenant, quelques mois plus tard, une très large majorité au Conseil général, le 7 octobre 1945 : 31 élus sur 36³². Enfin et surtout, il obtient les deux sièges qui étaient en jeu aux élections législatives générales du 21 octobre 1945. Figures emblématiques du CRADS, Léon de Lépervanche et Raymond Vergès sont en effet élus députés de La Réunion pour aller siéger à la première Assemblée nationale constituante de l'après-guerre dont la mission principale et même prioritaire est de donner à la France une « Constitution nouvelle »³³.

Mais dès à présent, un éclaircissement capital s'impose dans la présente étude. Il importe de le connaître puisqu'il est la raison d'être de notre première partie. Contrairement à certaines idées émises dans une frange très minoritaire de l'opinion publique des « quatre vieilles », départementalisées au cours de l'année 1946, mais qui sont très fortement enracinées dans les milieux indépendantistes de ces territoires ultramarins, l'émancipation au moins juridique ou formelle des quatre plus anciennes dépendances françaises, notamment celle de La Réunion, a bien été réalisée. À ce sujet, il ne saurait y avoir l'ombre d'un doute. Cependant, leur décolonisation l'a été, à quelques mois d'intervalle, en deux étapes complémentaires : la première par la voie législative, la seconde par la voie constitutionnelle.

La première étape est mise en œuvre par la première Assemblée nationale constituante et elle aboutit, au moins partiellement, avant même que ne soit adoptée la proposition de « Constitution nouvelle ». En vertu de son « pouvoir législatif » qui lui est reconnu par l'article 4 de la Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, cette assemblée adopte la loi de départementalisation du 19 mars 1946. Il s'agit d'un texte législatif qui a été exagérément porté aux nues, alors même qu'il se contente, pour l'essentiel, de remplacer le statut colonial des « quatre vieilles » par un statut départemental au rabais : un statut en effet limité au seul plan organisationnel et administratif (1).

La seconde étape est mise en œuvre, quelques mois plus tard, par la seconde Assemblée nationale constituante : celle qui va précisément donner à la France la

³² Y. COMBEAU, « La Réunion – La France (1945-1946) », in E. MAESTRI, *1946 : La Réunion, Département. Regards sur La Réunion contemporaine*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 109-119 et notamment p. 110.

³³ Élus à la première Assemblée nationale constituante le 21 octobre 1945, les deux députés communistes – Léon de Lepervanche et Raymond Vergès – devaient toutefois perdre leurs sièges aux élections législatives qui avaient été programmées les 2 et 16 juin 1946 pour désigner les représentants de la seconde Assemblée nationale constituante. Mais les deux leaders du CRADS devaient être réélus, lors d'une troisième consultation législative générale qui eut lieu le 10 novembre 1946, dans le cadre naissant de la IV^e République. Voir à ce sujet *La Démocratie*, 12 novembre 1946, p. 1.

Constitution du 27 octobre 1946, fondatrice de la IV^e République. En vérité, cette étape est décisive dans la mesure où elle consacre, dans l'article 73 de la norme suprême, le principe primordial de l'assimilation au plan juridique avec le régime de l'identité législative qui était exigé par la plupart des représentants des « quatre vieilles ». Il s'agit d'un régime dont la finalité est de mettre à égalité, au moins au plan formel, les habitants des départements ultramarins créés par la loi du 19 mars 1946 avec ceux des départements métropolitains, une égalité sans laquelle – faut-il ici le rappeler ? – la départementalisation dans les Outre-mer n'aurait guère eu de signification et n'aurait pu être considérée comme une véritable décolonisation (2).

1. La première étape est celle d'une pseudo-décolonisation de La Réunion au plan juridique : l'œuvre fragmentaire de la première Assemblée nationale constituante

Dès leur arrivée au palais Bourbon et par fidélité à leurs convictions idéologiques, les deux élus « cradsistes » de La Réunion s'inscrivent au groupe parlementaire du PCF, le parti de Maurice Thorez qui est alors le premier parti de la France de l'après-guerre et, par suite, la formation politique la plus nombreuse dans un hémicycle où la gauche communiste et socialiste dispose d'une majorité absolue de parlementaires, une majorité qui paraît *a priori* favorable à la départementalisation réclamée par la plupart des députés progressistes des « quatre vieilles ». Cette majorité compte en effet 159 sièges pour le PCF et 146 pour la SFIO, soit un total de 305 sièges sur les 586 qui étaient à pourvoir³⁴. Plus encore, le PCF et la SFIO forment avec le MRP une cohorte de 455 parlementaires, c'est-à-dire une majorité écrasante à l'Assemblée nationale constituante dont la mission essentielle est de donner à la France, le plus tôt possible, une nouvelle Loi fondamentale dans le cadre de ce qu'on a appelé le tripartisme.

Dès le 12 février 1946, les députés Léon de Lépervanche et Raymond Vergès déposent leur proposition de loi visant à ériger l'île de La Réunion en « département français » avant de participer, les 12 et 14 mars suivants, à un vote obtenu à l'unanimité des membres de l'Assemblée nationale constituante, après avoir ciblé leurs interventions sur l'arbitraire du régime colonial et le dénuement dans lequel étaient plongés les Réunionnais depuis le déclenchement du Second Conflit mondial. C'est dans ces circonstances qu'a été adoptée la loi de départementalisation du 19 mars 1946 qui acquiert pleine force juridique dès le 21 mars, au lendemain du jour de sa publication au *JORF*³⁵, en mettant fin –

³⁴ Y. COMBEAU, « La Réunion – La France (1945-1946) », *ibid.*, p. 112.

³⁵ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, *JORF*, 20 mars 1946, p. 2294.

d'après la version officielle – au régime colonial, 283 ans après le peuplement effectif de La Réunion en 1663 et 98 ans après l'abolition définitive de l'esclavage, intervenue le 20 décembre 1848. Avec l'adoption de la loi du 19 mars 1946 qui est perçue, dès l'origine et aujourd'hui encore, comme une victoire éclatante du CRADS du docteur Raymond Vergès et un fait fondamental dans la mesure où un régime colonial, par essence discriminatoire, aurait été remplacé par un statut départemental égalitariste, la prophétie annoncée le 17 octobre 1848 par Joseph Sarda-Garriga s'accomplissait³⁶.

Néanmoins, sans vouloir jouer les éteignoirs, les fâcheux, les gêneurs, les importuns, les rabat-joie ou les trouble-fête, on est légitimement en droit d'être dubitatif et de se poser certaines questions. On peut notamment s'interroger avec le professeur Emmanuel Jos au sujet de la problématique et équivoque loi du 19 mars 1946, une loi qui « *fait partie de ces textes souvent évoqués, voire invoqués, mais en réalité mal connus* »³⁷. Peut-on sérieusement assimiler ce texte législatif, d'emblée adulé, encensé, flagorné et médiatisé à l'extrême, à une victoire flamboyante et irréprochable en matière d'émancipation ou de décolonisation pour les populations de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion ? À notre humble avis, rien n'est moins sûr.

Mais avant de répondre de manière argumentée à cette interrogation insolite, une observation très importante s'impose. Elle vise à démentir une nouvelle fois – mais cette fois-ci avec preuves à l'appui – la thèse avancée par les mouvements séparatistes ultramarins et notamment par le LPLP à La Réunion : la thèse selon laquelle le statut départemental aurait été réalisé à l'initiative du Pouvoir central. À dire vrai, la loi du 19 mars 1946, portant sur la décolonisation formelle des quatre plus anciennes colonies françaises, ne résulte pas d'un projet de loi – un projet qui, par définition, est gouvernemental – mais uniquement de demandes insistantes émanant des députés antillais, guyanais et réunionnais et de leurs propositions de loi concertées, concordantes et surtout réitérées. Ces initiatives parlementaires ont eu pour but unique de faire adopter par l'Assemblée nationale constituante un programme ambitieux visant à éradiquer une grande détresse économique et sociale par l'obtention d'une intégration juridique des « quatre vieilles » à la Métropole, avec le statut départemental. Sous cet angle-là et contrairement à la thèse soutenue par les sécessionnistes réunionnais, la décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion – si décolonisation il y a bien eu à la date précise du 19 mars 1946 – n'est en aucun cas le produit d'un statut octroyé par la puissance administrante mais bien celui de la seule volonté des populations d'outre-mer concernées et de leurs députés,

³⁶ Voir *supra*.

³⁷ E. JOS, « La loi du 19 mars 1946 : une lecture rétrospective », *Mélanges en hommage à Bernard Vonglis*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 175-209 et notamment p. 175.

démocratiquement élu le 21 octobre 1945 à la première Assemblée nationale constituante.

De fait, ce sont à l'origine trois propositions de loi ayant le même objectif qui sont déposées sur le bureau de l'Assemblée nationale constituante, à moins de quatre semaines d'intervalle. Datée du jeudi 17 janvier 1946 et présentée par Aimé Césaire et Léopold Bissol, tous deux parlementaires communistes de la Martinique, la première proposition de loi qui tend au classement comme « départements français » de la Guadeloupe et de la Martinique est enregistrée sous le numéro 295³⁸. À ce sujet, il est déjà fort intéressant de souligner que les deux députés socialistes de la Guadeloupe – Eugénie Éboué-Tell et Paul Valentino – ne se sont pas associés à la revendication de nature statutaire qui vise les deux îles antillaises. Le mardi 12 février 1946, deux autres propositions de loi similaires sont déposées. D'abord, celle qui est exposée par Gaston Monnerville, député radical-socialiste de la Guyane, et qui vise au classement comme « département français » de ce vaste territoire de l'Amérique du Sud est enregistrée sous le numéro 409³⁹. Ensuite, celle qui émane des députés communistes de La Réunion, Léon de Lépervanche et Raymond Vergès, et a trait au classement comme « département français » de l'île la plus vaste de l'archipel des Mascareignes est enregistrée sous le numéro 412⁴⁰.

Les trois propositions de loi émanant des représentants de trois des « quatre vieilles » furent aussitôt confiées pour examen à trois commissions parlementaires : la commission des Territoires d'outre-mer qui est saisie pour connaître du dossier au fond, la commission des Finances et du contrôle budgétaire et la commission de l'Intérieur, de l'Algérie et de l'administration générale, départementale et communale, ces deux dernières commissions étant saisies pour émettre des avis techniques. L'examen de ces propositions de loi par la commission des Territoires d'outre-mer, dont le rapporteur est Aimé Césaire, débute le mardi 26 février 1946. Les travaux de cet organe – un organe où les députés du PCF et de la SFIO sont prépondérants – débouchent sur une synthèse des trois initiatives parlementaires qui ont la même finalité. Ainsi opérée, la

³⁸ Proposition de loi tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe et de la Martinique, présentée par MM. Aimé Césaire, Léopold Bissol (et plusieurs de leurs collègues, députés), Annexe au procès-verbal de la séance du 17 janvier 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 295.

³⁹ Proposition de loi tendant au classement comme département français de la Guyane française, présentée par M. Gaston Monnerville (et plusieurs de ses collègues, députés), Annexe au procès-verbal de la séance du 12 février 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 409.

⁴⁰ Proposition de loi tendant au classement comme département français de la Réunion, présentée par MM. Raymond Vergès, Léon de Lépervanche (et plusieurs de leurs collègues, députés), Annexe au procès-verbal de la séance du 12 février 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 412.

synthèse conduit à une proposition de loi unique qui est accompagnée d'un nouveau rapport rédigé par Aimé Césaire. Ce document est aussitôt remis aux trois ministères directement concernés : Finances, Intérieur et Outre-mer⁴¹. Dès réception des observations, réserves ou critiques plus ou moins tatillonnes émanant de ces ministères, la commission des Territoires d'outre-mer se réunit de nouveau : les mercredi 6 et vendredi 8 mars 1946.

Après d'âpres débats, cette commission élabore un rapport qui ne prend pas en considération la plupart des objections ou remontrances des membres du Gouvernement. Ces objections sont mises en avant, au plan juridique, par le très influent ministre socialiste de la France d'Outre-mer, en la personne de Marius Moutet, et, pour des raisons comptables et budgétaires, par le ministre également socialiste de l'Économie, des Finances et de l'Industrie : André Philip. À ces reproches, il faut ajouter les très nombreux amendements à la proposition de loi unique qui seront déposés par le clivant Paul Valentino, l'un des deux représentants socialistes de la Guadeloupe. À contre-courant de ses collègues ultramarins qualifiés au passage de « *jacobins* », Paul Valentino fait entendre une voix dissonante. Il plaide contre « *une assimilation administrative* » des « quatre vieilles » à la République française et en faveur du maintien, voire d'un renforcement, des compétences de leurs conseils généraux dans l'intérêt des populations locales. Sur un plan plus ciblé, le député antillais « girondin » se prononce en faveur d'une autonomie de décision pour la Guadeloupe dont les habitants ne semblaient donc pas, *a priori*, entièrement favorables à un changement statutaire radical au cours de la période 1944/1946⁴².

⁴¹ Rapport fait au nom de la commission des Territoires d'outre-mer (sur les propositions de loi déposées par les députés des vieilles colonies) par M. Aimé Césaire, député-rapporteur, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 février 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 520. Le texte intégral de cet important rapport a notamment été reproduit in F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l'assemblée constituante*, op. cit., p. 175-185.

⁴² Élu le 21 octobre 1945 comme leurs cinq collègues de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, les deux députés socialistes (SFIO) de la Guadeloupe – nommément Eugénie Éboué-Tell et Paul Valentino – qui refusent au lendemain de la Seconde Guerre mondiale une assimilation administrative avec la France métropolitaine ne se sont pas associés aux propositions de loi de départementalisation déposées, les 17 janvier et 12 février 1946, par leurs collègues guyanais, martiniquais et réunionnais. C'est dire que les deux députés de la Martinique – Léopold Bissol et Aimé Césaire – n'avaient reçu aucun mandat officiel pour parler au nom des Guadeloupéens et de leurs représentants à l'Assemblée nationale constituante dans cette opération de décolonisation originale des « quatre vieilles » qu'est la départementalisation. Certes, les deux parlementaires de la Guadeloupe voteront bien, le 14 mars 1946, le texte qui donne naissance à la fameuse loi du 19 mars 1946. Il subsiste néanmoins un doute sérieux sur la volonté réelle des Guadeloupéens d'opter pour le statut départemental, au lendemain immédiat de la Libération. Dès lors, on ne peut que regretter qu'une consultation référendaire n'ait pas été organisée dans cette île de la Caraïbe pour connaître la position exacte de sa population sur une réforme institutionnelle assurément très importante, visant à remplacer un « territoire colonial » par un « département français ».

Rédigé par Aimé Césaire, le nouveau rapport – un texte revu et corrigé à plusieurs reprises – est adopté à l’unanimité le 8 mars 1946 par les membres de la commission des Territoires d’outre-mer afin de justifier une proposition de loi unique comprenant seulement trois articles, formulés en ces termes :

« Article 1^{er} : Les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française sont érigées en départements français.

Article 2 : Les lois et décrets en vigueur dans la France métropolitaine, qui ne sont pas encore appliqués à ces colonies, seront promulgués dans les nouveaux départements dans les conditions suivantes : les lois sociales et celles concernant le régime du travail seront appliquées par voie de décret, dans toutes leurs dispositions, dans un délai de trois mois ; les lois et décrets concernant le régime financier et douanier actuellement en vigueur dans ces territoires continueront à être appliqués à titre transitoire ; les autres lois et décrets en vigueur dans le territoire métropolitain seront rendus applicables avant le 1^{er} janvier 1947.

Article 3 : Dès la promulgation de la présente loi, toutes les lois et tous les décrets applicables dans la métropole seront automatiquement appliqués dans ces nouveaux départements, sauf dispositions contraires insérées dans leur texte »⁴³.

Dans son article 3, la proposition de loi unique consacre, sans aucune équivoque, le principe de l’assimilation générale des départements ultramarins aux départements de la France métropolitaine, au plan juridique, avec le principe corrélatif de l’identité normative. En d’autres termes, cet article considère que les dérogations à la loi nationale doivent être et ne peuvent être que des exceptions, au demeurant inévitables, justifiées et en fait rarissimes. Vue sous cet angle, celui du droit interne français qui nous intéresse au premier chef dans la première partie de cette étude, la proposition de loi unique présentée par Aimé Césaire à la première Assemblée nationale constituante peut être considérée comme une authentique proposition de loi de décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. Il en est ainsi, dès lors que cette proposition est en parfaite eurythmie ou symbiose avec les doléances clairement affichées par la majorité des parlementaires ultramarins et des populations directement concernées qui les ont élus, lors du scrutin du 21 octobre 1945.

⁴³ Rapport supplémentaire fait au nom de la commission des Territoires d’outre-mer sur les propositions de loi (déposées par les députés des vieilles colonies) par M. Aimé Césaire, député-rapporteur, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 mars 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 624.

Mais par la suite, la situation va évoluer dans un sens préjudiciable aux intérêts bien compris des ressortissants des quatre plus anciennes dépendances du premier Empire colonial français. Comme on peut l’imaginer, la proposition de loi unique a fait l’objet de débats plus ou moins houleux et de contestations multiples et importantes au cours de deux journées de discussions au sein de la première Assemblée nationale constituante, réunie en séance plénière les mardi 12 et jeudi 14 mars 1946⁴⁴, avant de devenir la loi surestimée du mardi 19 mars 1946 comprenant trois articles, ainsi rédigés :

« Article 1 : Les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et la Guyane française sont érigées en départements français.

Article 2 : Les lois et décrets actuellement en vigueur dans la France métropolitaine et qui ne sont pas encore appliqués à ces colonies feront, avant le 1^{er} janvier 1947, l’objet de décrets d’application à ces nouveaux départements.

Article 3 : Dès la promulgation de la présente loi, les lois nouvelles applicables à la métropole le seront dans ces départements, sur mention expresse insérée aux textes »⁴⁵.

Comme nous allons le démontrer, la proposition de loi unique – une proposition adoptée à l’unanimité par la commission des Territoires d’outre-mer et qui sera à l’origine de la loi du 19 mars 1946 – a subi de substantielles modifications. Une nouvelle fois, il faut mettre l’accent sur ce point précis. Ce sont bien ces modifications qui nous empêchent de considérer la loi de départementalisation du 19 mars 1946 comme une véritable loi d’assimilation des « quatre vieilles » à la Nation française.

Afin de battre le fer pendant qu’il est chaud, voici alors la question clef qui mérite ici d’être posée : de quelle assimilation s’agit-il exactement avec le vote de ce texte législatif ? En vérité, dans un exigeant souci de clarification, il convient de faire le départ entre l’assimilation organisationnelle et administrative qui est accordée aux Antillais, aux Guyanais et aux Réunionnais avec le statut départemental, envisagé *stricto sensu* à la date du 19 mars 1946 (a), et leur assimilation juridique, pourtant cohérente et rationnelle, qui leur est refusée en matière législative et réglementaire (b).

⁴⁴ Voir notamment Débats de l’Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du jeudi 14 mars 1946, *JORF*, 15 mars 1946, p. 751-762.

⁴⁵ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, *JORF*, 20 mars 1946, p. 2294.

a. Le principe d'assimilation des « quatre vieilles » admis spontanément au plan organisationnel et administratif

D'emblée, voici un fait qu'il importe de souligner. Le principe du classement des quatre plus vieilles colonies en « départements français » qui est énoncé dans l'article 1^{er} de la proposition de loi du 8 mars 1946 n'a soulevé aucune objection, protestation ou réserve quelconque de la part du Gouvernement et du Parlement. À vrai dire, l'attitude consensuelle et spontanée de ces deux autorités centrales de la République n'est, en aucun cas, surprenante. Elle peut même très aisément s'expliquer.

Comme l'indique à ce sujet le député-rapporteur Aimé Césaire à l'Assemblée nationale constituante, lors de la séance du 12 mars 1946, les « quatre vieilles » sont déjà, « à l'heure actuelle », des « territoires » qui sont « à peu près assimilés à la métropole du point de vue administratif et politique »⁴⁶. Depuis très longtemps, ces terres coloniales sont en effet considérées – nous l'avons déjà constaté⁴⁷ – comme des « départements de fait », au moins au plan organisationnel et administratif.

Par suite, leurs représentants élus au Parlement ont souhaité, en toute logique, que ces « départements de fait » deviennent purement et simplement et le plus rapidement possible des « départements de droit » et qu'on leur applique, à l'avenir, le régime intégral des lois métropolitaines. Aussi, c'est sans la moindre anicroche, hésitation ou opposition que la loi du 19 mars 1946 consacre, à l'unanimité des députés, la nouvelle architecture institutionnelle des « quatre vieilles », désormais érigées en « départements français » sur le modèle depuis longtemps escompté des départements de la France hexagonale. Il en est ainsi, dès lors que l'article 1^{er} de ce texte législatif déclare, en des termes autant lapidaires que péremptoirs, ce qui suit : « *Les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et la Guyane française sont érigées en départements français* ».

Dans le cadre d'un examen critique, on peut toutefois noter que seul l'article 1^{er} de la loi du 19 mars 1946 qui consacre l'assimilation dans le domaine de l'organisation administrative des « quatre vieilles » – un acte sans conteste fondateur de la départementalisation – demeure en vigueur. Les deux autres articles de ce texte législatif sont en effet devenus très rapidement caducs : l'article 2 qui avait par la force des choses un caractère transitoire, dès le 1^{er} avril

⁴⁶ Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, p. 660.

⁴⁷ Voir à ce sujet les déclarations concordantes et simultanées, ci-dessus mentionnées, émanant de Paul Valentino, député socialiste de la Guadeloupe, et de son collègue Gaston Monnerville, député radical-socialiste de la Guyane française, in Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du jeudi 14 mars 1946, *JORF*, 15 mars 1946, p. 754.

1948⁴⁸, et l'article 3, dès le 24 décembre 1946 qui est la date d'entrée en vigueur de la Constitution de la IV^e République⁴⁹. Ainsi, comme le fait observer, pince-sans-rire, notre collègue Olivier Dupéré : « *Célébrer l'anniversaire de l'adoption de la loi du 19 mars 1946 implique de commémorer le seul principe posé par son article 1^{er}* »⁵⁰. Autant dire que l'apport de ce texte législatif est plutôt modeste puisque son seul mérite irrécusable a consisté à convertir ou à métamorphoser en « départements de droit » les quatre « départements de fait ».

Nombreux sont néanmoins les commentateurs ou exégètes zélés qui n'hésitent pas à commettre une bévue, voire une très mauvaise interprétation, en soutenant que la loi du 19 mars 1946 aurait pris en compte, au moins au niveau des principes, les légitimes aspirations des Antillais, des Guyanais et des Réunionnais et de leurs parlementaires en répudiant un statut colonial discriminatoire au profit du statut départemental qui implique une égalité juridique intégrale entre Métropolitains et Ultramarins, notamment au plan social. Comme nous allons le démontrer, cette analyse tourne le dos à la réalité.

Tout au plus, peut-on souscrire aux propos beaucoup plus mesurés et, somme toute, plus réalistes du politologue Lilien Legone lorsque celui-ci, en commentant cinquante ans plus tard la loi de départementalisation du 19 mars 1946, déclare que cette loi – une loi impliquant une réorganisation administrative des « quatre vieilles » instaurée sur le modèle des départements de la France métropolitaine avec le remplacement à titre principal des gouverneurs coloniaux par les préfets de la République – est un texte législatif marquant dans la mesure où il consacre « *l'idée que le fait national n'exige pas la continuité territoriale ni l'uniformité ethnique* »⁵¹. Réflexion faite, c'est bien à peu près tout ce que l'on peut dire, au plan positif, de la fort controversable loi du 19 mars 1946.

Si l'on se place à la date du mardi 19 mars 1946, le point de vue exposé par Yvan Combeau est donc loin d'être probant lorsqu'il déclare, tout à trac, que « *la départementalisation, forme originale d'une décolonisation intra-française, répond à une volonté d'assimilation, d'intégration à la Nation française* »⁵². De même, c'est à tort qu'a été jugée décisive la loi du 19 mars 1946 par ceux qui en avaient pris l'initiative, dès lors que cette loi ne consacre qu'en apparence une

⁴⁸ Voir *infra*.

⁴⁹ Voir *infra*.

⁵⁰ O. DUPÉRE, « La loi du 19 mars 1946, un droit transitoire de la départementalisation ultra-marine », in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 25-45 et notamment p. 28.

⁵¹ L. LEGONE, « Naissance de la France du grand large », *Le Monde*, dimanche 17-lundi 18 mars 1996, p. 10.

⁵² Y. COMBEAU, « La départementalisation : une décolonisation intra-française », *ibid.*, p. 18.

vision intégrationniste dans les Outre-mer avec le prétendu passage, dans les « quatre vieilles », du statut de « territoire colonial » à celui de « département français ». Fondé dès le 5 mai 1944 par Raymond Vergès, *Témoignages* – le « journal de défense des sans défense » destiné à populariser, plus tard, les options autonomistes du PCR – avait fièrement claironné – mais peut-être un peu trop vite – le 19 décembre 1947, à la suite de la mise en œuvre du statut départemental à La Réunion : « *C'est par-dessus tout du travail communiste et, pour les générations futures, cela demeurera du beau travail communiste* »⁵³.

b. Le principe d'assimilation des « quatre vieilles » catégoriquement refusé au plan législatif

Caustique et perspicace, notre collègue Olivier Dupéré, a, pour sa part, fort bien résumé cette première étape en une formule cinglante et en des termes qui se veulent irrévocables : « *Si tout semblait ainsi augurer de la congruence de l'œuvre législative et de l'œuvre constitutionnelle de l'Assemblée élue le 21 octobre 1945, s'agissant de la départementalisation ultra-marine, le résultat ne correspond en rien à ces attentes* »⁵⁴. D'entrée de jeu, on ne saurait être ni plus clair ni plus critique.

Avant d'insister sur la grande frilosité de cette œuvre législative qui se borne essentiellement à un changement de dénomination, dès lors qu'elle consiste à appeler « départements français » les « quatre vieilles », il faut déjà rappeler que la proposition de loi de départementalisation était une authentique proposition de loi d'assimilation. Or, cette proposition a été grandement remaniée, en séance publique, le 14 mars 1946 par l'Assemblée nationale constituante avant de devenir la trop fameuse loi du 19 mars 1946, avec pour objectif officiel le classement comme « départements français » de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion.

En vérité, que faut-il précisément penser des trois articles qui composent ce texte législatif ? Si l'alignement de l'organisation administrative des « quatre vieilles » sur celle des départements de la France métropolitaine qui est indiqué dans l'article 1^{er} de la loi du 19 mars 1946 ne pose à l'évidence aucun problème, il en va tout autrement pour le régime normatif des nouveaux départements.

D'abord, l'article 2 écarte le principe d'une application immédiate et de « plein droit » des lois et décrets déjà en vigueur dans les départements de la France hexagonale. Certes, il prévoit bien l'extension de la législation et de la

⁵³ A. ORAISON, « Le cinquantenaire de la départementalisation à La Réunion. L'attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996. Qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ? », *APOI*, 1997-1998, volume XV, p. 213-242 et notamment p. 218.

⁵⁴ O. DUPÉRÉ, « La loi du 19 mars 1946, un droit transitoire de la départementalisation ultra-marine », *ibid.*, p. 29.

réglementation existantes dans les « quatre vieilles », mais c'est par le biais de décrets et, qui plus est, au cas par cas. Autant dire qu'il proroge le principe de spécialité normative en subordonnant la législation et la réglementation ultramarines à des décrets d'application, des décrets qui tarderont souvent à venir⁵⁵. Comme le souhaitait le ministre de la France d'Outre-mer, l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 conçoit en effet une compétence, au moins provisoire, de l'autorité gouvernementale qui est seule habilitée à agir par voie de décrets en matière d'assimilation législative et réglementaire et d'une manière qui n'est ni générale ni automatique, mais adaptée pour des raisons essentiellement économiques et financières ou d'opportunité politique et ce, jusqu'à une date butoir.

La date butoir en question avait été fixée par la commission des Territoires d'outre-mer à trois mois pour les lois sociales, à compter de l'entrée en vigueur de la loi de départementalisation. Mais ce délai initial avait été jugé beaucoup trop court par Marius Moutet, voire matériellement impossible à tenir. Aussi, à la demande insistante, pour ne pas dire impérative, de l'incontournable, irréductible et vétilleux ministre de la France d'Outre-mer⁵⁶, la date limite prévue à l'article 2 du texte législatif a été reportée, pour des raisons pratiques, de plusieurs mois et plus précisément au 1^{er} janvier 1947.

Certes, la loi du 19 mars 1946 – il faut déjà préciser, à toutes fins utiles, qu'il s'agit d'une loi ordinaire – a limité au 1^{er} janvier 1947 la compétence gouvernementale temporaire d'extension, au demeurant obligatoire, des lois et décrets existants aux départements ultramarins. Cependant, pour faire derechef preuve de complétude, il faut déjà noter que le délai initial issu de l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 n'a pas été respecté. En raison de la nature juridique de ce texte qui n'a aucun fondement constitutionnel, il a donc été relativement aisé pour le Parlement, saisi à la demande du Gouvernement, de prolonger à trois reprises le délai en question, en soulevant néanmoins chaque fois des critiques acerbes de la part des députés ultramarins. D'abord, la loi de finances du 23 décembre 1946 proroge de six mois le délai d'application fixé par l'article 2 de la loi de

⁵⁵ Ces retards sont d'autant plus inexcusables que le Gouvernement n'avait pas, en l'espèce, à apprécier l'opportunité de procéder à une extension comme devait, par la suite, l'indiquer le Conseil d'État. Consulter à ce sujet l'arrêt clarificateur rendu par les juges du Palais-Royal le 26 février 1954 dans l'affaire *Département de la Guadeloupe*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1954, p. 129 : « *Considérant que la loi du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique de la Réunion et de la Guyane française dispose, en son article 2, que les lois et décrets actuellement en vigueur dans la France métropolitaine et qui ne sont pas encore applicables dans ces colonies feront l'objet de décrets d'application à ces nouveaux départements ; que ce changement de statut entraînait le droit et même l'obligation pour le Gouvernement de prendre les mesures d'application que comportait ce changement* ».

⁵⁶ Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du jeudi 14 mars 1946, *JORF*, 15 mars 1946, p. 756.

départementalisation et porte sa date butoir au 1^{er} juillet 1947. Puis, une loi du 26 juillet 1947 repousse de nouveau la date limite au 31 décembre 1947. Enfin, la loi de finances du 6 janvier 1948 fixe définitivement l'expiration du délai au 31 mars 1948⁵⁷. Encore convient-il de préciser qu'il faudra attendre plus d'une année avant que l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 puisse recevoir un commencement d'application. Relatif à la mise en place de « *l'institution préfectorale* » dans les quatre départements périphériques, le premier décret d'extension porte en effet la date du 7 juin 1947⁵⁸. Au total, c'est une centaine de décrets d'extension, d'importance fort inégale, qui seront ainsi publiés au *JORF* entre le 7 juin 1947 et le 31 mars 1948⁵⁹.

Quant aux autres dispositions de la proposition de loi, elles ne figurent pas dans l'article 2 de la loi du 19 mars 1946. Elles ont été supprimées en raison de l'opposition du ministère des Finances qui estimait qu'il était prudent de concevoir une certaine flexibilité dans l'application de la réforme visant à transformer les « quatre vieilles » en « départements français ». Pour ce ministère, traditionnellement attaché au sacro-saint principe de l'équilibre budgétaire et financier, les mesures prévues dans l'article 2 de la proposition de loi étaient de nature à entraîner « *un surcroît de dépenses pour le budget métropolitain* ». En sa qualité de rapporteur, Aimé Césaire – surpris et, plus encore, scandalisé par de tels propos – n'avait pas hésité à rétorquer, au début de la séance de la commission des Territoires d'outre-mer en date du 8 mars 1946, que l'argument d'ordre comptable ainsi avancé par le ministère des Finances était « *un argument colonialiste* », pour ne pas dire « *l'argument colonialiste type* »⁶⁰.

⁵⁷ Voir l'article 84 de la loi n° 46-2914 du 23 décembre 1946 portant ouverture de crédits provisoires applicables aux dépenses du budget ordinaire (services civils) pour le premier trimestre de l'exercice 1947, *JORF*, 24 décembre 1946, p. 10853 ; l'article unique de la loi n° 47-1374 du 26 juillet 1947 prorogeant jusqu'au 31 décembre 1947 le délai fixé par l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, modifié par l'article 84 de la loi n° 46-2914 du 23 décembre 1946, *JORF*, 27 juillet 1947, p. 7303 ; l'article 35, alinéa 4, de la loi n° 48-24 du 6 janvier 1948 relative à diverses dispositions d'ordre budgétaire pour l'exercice 1948 et portant création de ressources nouvelles, *JORF*, 7 janvier 1948, p. 204.

⁵⁸ Décret n° 47-1018 du 7 juin 1947 relatif à l'organisation départementale et à l'institution préfectorale dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion, *JORF*, 8 juin 1947, p. 5262.

⁵⁹ Voir la liste des décrets d'extension de la législation métropolitaine aux départements d'outre-mer entre le 7 juin 1947 et le 31 mars 1948 in M. LAGRANGE, *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer*, Paris, Sirey, 1948, p. 96-106.

⁶⁰ Rapport supplémentaire fait au nom de la commission des Territoires d'outre-mer sur les propositions de loi (déposées par les parlementaires des vieilles colonies) par M. Aimé Césaire, député-rapporteur, Annexe au procès-verbal de la séance du 8 mars 1946, *JORF, Documents parlementaires, Assemblée nationale constituante*, n° 624.

Enfin, l'article 3 de la proposition de loi – il s'agit assurément de l'article principal – a lui aussi été remanié, pour ne pas dire dénaturé, dans le seul but de restreindre les incidences juridiques de la départementalisation en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique et à La Réunion. Cet article a été faussé ou falsifié pour des motifs qui sont également et essentiellement d'ordre comptable et financier. Dans la loi du 19 mars 1946, l'article 3 est rédigé en des termes qu'il importe déjà de rappeler avant de le soumettre au feu de la critique : « *Dès la promulgation de la présente loi, les lois nouvelles applicables à la métropole le seront dans ces départements, sur mention expresse insérée aux textes* ».

Dans cet article 3, tout est vraiment question de vocabulaire, même si le vocabulaire qui pose ici un très sérieux problème ne porte que sur un seul mot. Signifiant indifféremment « à l'exception de », « à l'exclusion de », « à part », « excepté » ou « hormis », la préposition « *sauf* » qui figurait dans la proposition de loi – une proposition de loi pourtant adoptée à l'unanimité par la commission des Territoires d'outre-mer – a été remplacée, dans le texte législatif du 19 mars 1946, par la préposition « *sur* », à la demande insistante et sourcilleuse de l'ubiquiste et madré ministre de la France d'Outre-mer. Avec cette permutation d'une préposition par une autre qui, en l'espèce, a été imposée par Marius Moutet, à la suite d'une manœuvre obstructionniste et subreptice, on n'est nullement en présence d'une simple bagatelle ou futilité, d'une brouille, peccadille ou vétille. En vérité, cette substitution délibérée de vocable est bien à l'origine d'un chambard ou bouleversement que l'on peut qualifier de radical.

La différence entre les deux rédactions est en effet abyssale. Il en est ainsi, dès lors que la volonté fondamentalement égalitariste exigée par le député-rapporteur Aimé Césaire et la plupart de ses collègues d'outre-mer n'est plus prise en considération. Ainsi conçu, l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 signifie que les lois nouvelles qui sont adoptées pour prendre effet dans les départements métropolitains de la République n'ont pas vocation à être appliquées aussitôt, automatiquement, de manière immédiate, instantanément, sans délai, sur-le-champ et – pour tout dire – « de plein droit » dans les quatre nouveaux départements ultramarins. En d'autres termes, ces lois ne peuvent être appliquées dans ces départements qu'au cas par cas, après mûres réflexions, après un examen approfondi et toujours – en dernier ressort – « *sur mention expresse insérée aux textes* ». Compte tenu de la rédaction de l'article 3 de ce texte législatif, il est flagrant qu'à la date censée être historique du 19 mars 1946, le droit commun demeure toujours l'exception au plan législatif dans les « quatre vieilles » et le droit dérogatoire le véritable principe ! Dès lors, comment ne pas faire remarquer, avec François Miclo, que cette disposition – une disposition qui avait été fortement conseillée par la commission de l'Intérieur et soutenue, bec et ongles, par le ministre de la France d'Outre-mer – est franchement déconcertante par ses conséquences, dès lors qu'« *elle maintient en vigueur le principe de spécialité en*

matière législative, contrairement au souhait des auteurs de la proposition de loi »⁶¹ ?

Certes, l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 confirme bien l'article 1^{er} qui confère expressément le titre de « département français » à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à La Réunion. De manière indéniable, les quatre plus vieilles colonies françaises sont désormais dotées de l'organisation administrative et politique qui était effectivement et ardemment revendiquée par la plupart de leurs parlementaires à l'Assemblée nationale constituante. Cependant, par sa rédaction qui apparaît dans un sens particulièrement restrictif *in fine*, l'article 3 de ce texte législatif n'en fait en aucune façon des « départements à part entière » mais, bien au contraire – pour employer les clichés, poncifs ou stéréotypes du *vulgum pecus* – des « départements entièrement à part » ou, plus exactement encore, pour reprendre cette fois-ci les expressions beaucoup plus appropriées et plus justes du député-rapporteur Aimé Césaire, « *des départements diminués* », voire « *des départements d'exception* »⁶².

Ainsi, dès à présent et sans risque de se tromper, il est possible de dresser un procès-verbal plutôt négatif. Dès lors qu'elle ne consacre pas le principe général de l'identité pour la législation future, la réforme institutionnelle qui a été mise en œuvre dans les « quatre vieilles » par la loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'est certainement pas une réforme fondamentale. Elle n'est tout au plus qu'une réformette administrative, une mesurette superficielle et insuffisante et, par suite, peu efficace. La départementalisation y est, certes, engagée au plan formel, mais de manière que l'on peut qualifier de craintive ou timorée. Autant dire qu'elle demeure encore inachevée ou hémiplégique – pour ne pas dire futile ou purement platonique – à la date pourtant jugée charnière du 19 mars 1946.

Adoptée néanmoins à une très curieuse unanimité sur laquelle nous reviendrons pour tenter de l'expliquer et de la comprendre, cette étonnante et profonde métamorphose juridique de l'article 3 de la proposition de loi fait suite à une intervention décisive du ministre des Finances qui n'hésitait pas à déclarer, le vendredi 8 mars 1946, que cet article est « *dangereux* » et devrait, en conséquence, être « *supprimé* »⁶³ ! En vérité, il ne faut jamais refuser de voir une réalité qui déplaît. Il est évident que les membres du Gouvernement se montrent une nouvelle fois hostiles à la proposition de la commission des Territoires d'outre-mer pour des motifs qui sont toujours, pour l'essentiel, d'ordre budgétaire et comptable. L'objection majeure avancée par le Pouvoir central est qu'une telle

⁶¹ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, *op. cit.*, p. 57.

⁶² Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 1^{ère} séance du mardi 12 mars 1946, *JORF*, 13 mars 1946, p. 661.

⁶³ Cité in F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l'assemblée constituante*, *op. cit.*, p. 53.

réforme institutionnelle pourrait être un gouffre financier pour la France de l'après-guerre, alors engagée dans une voie considérée comme urgente et même prioritaire qui est celle de la reconstruction du pays au lendemain du Second Conflit mondial avant de l'être dans deux guerres coloniales successives, très longues et de plus en plus coûteuses et meurtrières : d'abord en Indochine (1945/1954), puis en Algérie (1954/1962).

Par la voix de son rapporteur Aimé Césaire, les élus ultramarins initiateurs de la loi du 19 mars 1946 avaient très clairement tenu à exprimer, au cours des débats parlementaires, leur « *refus d'être des départements d'exception* » ainsi que leur volonté de placer leurs pays respectifs « *sous le régime de la loi* », en les arrachant à « *l'arbitraire des décrets* ». Pour Eugène Rousse, l'historien réunionnais, qui s'exprime dans le même sens, c'est bien « *l'opposition des ministres de l'Intérieur, des Finances et de la France d'Outre-Mer* » qui « *a constitué un obstacle majeur au vote de la proposition de loi présentée par le rapporteur Aimé Césaire* », une proposition de loi pourtant adoptée – faut-il encore le dire et le redire ? – à l'unanimité par la Commission des Territoires d'outre-mer⁶⁴. À la suite d'une lecture approfondie, il apparaît que l'adoption de la loi du 19 mars 1946 se traduit, en définitive, par un résultat paradoxal. Si les quatre nouveaux départements ultramarins sont bien assimilés, sans conteste, aux départements de la France métropolitaine, au strict plan organisationnel et administratif, à la date ciblée du 19 mars 1946, force est d'admettre – en parallèle – qu'ils conservent encore à cette date, au plan législatif, un statut de type colonial qui, par définition, est indubitablement discriminatoire.

À ce sujet, François Miclo fait montre d'un certain scepticisme. Il s'interroge et se demande même si les cinq parlementaires progressistes, auteurs des trois propositions de loi présentées les 17 janvier et 12 février 1946 – des élus de la Nation qui n'envisageaient absolument pas, à l'origine, le maintien d'un régime de spécificité législative ou système normatif colonial dans les « quatre vieilles » – n'ont pas été quelque peu induits en erreur par les membres du Gouvernement, orientés dans une mauvaise direction ou, plus grave encore, « *dupés, dès lors qu'ils acceptent un texte pratiquement inverse de celui qu'ils proposaient pour l'article 3* »⁶⁵. Dans sa minutieuse et éclairante thèse de doctorat, notre collègue donne une réponse qui paraît tout à fait plausible à la question ainsi posée :

« Le Ministre de la France d'Outre-mer fit valoir que ce régime législatif serait transitoire en attendant une étude plus approfondie »

⁶⁴ E. ROUSSE, « Le Département de La Réunion a 70 ans », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mercredi 16 mars 2016, p. 50.

⁶⁵ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, op. cit., p. 58.

du régime le mieux adapté. Il semble que cet argument ait emporté l'adhésion, à contrecœur, des députés des vieilles colonies soucieux de voir la loi adoptée à l'unanimité »⁶⁶.

Ainsi, après le vote d'une loi considérée à tort comme historique et symbolique dans une grande partie de l'opinion publique d'outre-mer mais en réalité fort incomplète, à la date fatidique du 19 mars 1946, les députés ultramarins étaient sans doute convaincus que l'assimilation juridique et la départementalisation économique et sociale des « quatre vieilles » qu'ils avaient appelées de leurs vœux seraient effectivement mises en œuvre : certes, non plus d'un seul coup et dès 1946 comme ils l'avaient espéré à l'origine, mais désormais plus tard et surtout de manière échelonnée dans le temps.

Face à une départementalisation tronquée et inachevée, Eugène Rousse s'est lui aussi interrogé sur l'attitude pour le moins contradictoire des élus antillais, guyanais et réunionnais : « *On peut donc raisonnablement se poser la question de savoir pourquoi les initiateurs de la loi du 19 mars 1946 ne se sont pas battus pour protester contre la mutilation d'un texte qui répondait aux aspirations des populations de leur pays* ». À cette interrogation ainsi posée et qui est tout autant compréhensible, l'historien de La Réunion avance une explication qui n'est pas non plus dépourvue de pertinence :

« Il est permis de penser qu'ils ont estimé que le changement de statut des vieilles colonies prévu à l'article 1^{er} de la loi constituait à lui seul un précieux acquis obtenu à un moment où l'Assemblée avait à régler d'innombrables problèmes et qu'en conséquence, il n'y avait pas lieu de prendre le risque de provoquer un ajournement à une date indéterminée de l'examen de leur proposition de loi »⁶⁷.

Pour conforter ce décryptage doctrinal qui repose sur l'appréhension d'un ajournement *sine die* de la réforme institutionnelle dans les « quatre vieilles » pour des raisons qui sont essentiellement économiques et financières, une précision très

⁶⁶ *Idem*, p. 58. Pour connaître la position officielle du Gouvernement selon laquelle l'unité de législation est un objectif réalisable à plus ou moins long terme et qu'il serait donc risqué de vouloir l'imposer sur-le-champ dans les quatre vieilles colonies françaises de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, voir une nouvelle fois la déclaration plutôt lénifiante et cauteleuse de l'omniprésent Marius Moutet, le ministre de la France d'Outre-mer, in *Débats de l'Assemblée nationale constituante* lors de la 1^{ère} séance du jeudi 14 mars 1946, *JORF*, 15 mars 1946, p. 761 : « *Ceci (c'est-à-dire l'application sur « mention spéciale » et plus précisément, en l'espèce, « sur mention expresse insérée aux textes ») est valable, d'ailleurs, jusqu'au 1^{er} janvier 1947 ; ensuite, vous aurez un régime qui sera bien établi. Nous sommes donc dans une période transitoire et, pour cette période, je crois que vous devriez maintenir la mention spéciale* ».

⁶⁷ E. ROUSSE, « Le Département de La Réunion a 70 ans », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mercredi 16 mars 2016, p. 50.

importante s'impose. Certes, en vertu de la Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics et conformément à son article 4, l'Assemblée nationale constituante dispose du « pouvoir législatif » en sa qualité de Parlement monocaméral. À ce titre, elle a compétence pour voter des lois ordinaires, notamment sur proposition de sa commission des Territoires d'outre-mer. Cependant, à l'initiative de sa commission de la Constitution, l'Assemblée nationale constituante a une autre mission à remplir qui est d'une importance primordiale. Elle est en effet chargée d'élaborer « la Constitution nouvelle » de la France afin de remplacer les deux lois constitutionnelles des 24 et 25 février 1875 et celle du 16 juillet de la même année qui fondent la III^e République (article 2). Or, cet objectif prioritaire doit être atteint le plus tôt possible « *et, au plus tard, sept mois après la première réunion de l'Assemblée* » (article 6)⁶⁸. Dans ce contexte temporel qui est à l'évidence celui de l'extrême urgence, les parlementaires d'outre-mer pouvaient donc légitimement craindre que la loi de départementalisation, tant espérée, ne puisse être adoptée avant que les membres de l'Assemblée nationale constituante ne se séparent.

Dès lors, que dire en guise de conclusion partielle à ce stade de l'analyse ? Dans son article 1^{er}, la loi du 19 mars 1946 a transformé les « quatre vieilles » en « départements français », au point de vue organisationnel et administratif. Quant à l'article 2, il se contente de désigner le Gouvernement comme étant la seule autorité compétente pour étendre à leur profit, par le biais de décrets, les textes législatifs et réglementaires en vigueur dans les départements métropolitains à la date du 21 mars 1946 qui est la date d'entrée en application effective de la loi de départementalisation. Quant à l'article 3 de la loi du 19 mars 1946, il est consigné en des termes que tout juriste digne de ce nom doit considérer comme incohérents et irrationnels, parce que situés aux antipodes d'une sincère loi d'assimilation. Autant dire que le triomphe généralement affiché, jusqu'à aujourd'hui, par les intégrationnistes et thuriféraires inconditionnels du texte législatif du 19 mars 1946 doit être tempéré sur un point qui n'est pas anodin.

Bien qu'elle ait été adoptée à l'unanimité par la première Assemblée nationale constituante et contrairement à ce qu'on pourrait croire, *a priori*, la loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'est pas une véritable loi d'intégration, dès lors qu'elle ne reconnaît pas le principe de l'égalité juridique et sociale entre les citoyens de la France ultramarine et ceux de la France métropolitaine. Or, il s'agit d'un principe qui avait été âprement revendiqué par les députés communistes réunionnais et leurs homologues antillais et guyanais, des élus au demeurant soucieux de respecter la volonté des électeurs des « quatre vieilles » exprimée lors des élections législatives et constituantes du 21 octobre 1945. C'est

⁶⁸ Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics, *JORF*, 3 novembre 1945, p. 7159.

une évidence. La loi du 19 mars 1946 n'a pas consacré le principe général d'identité pour la législation future qui est pourtant, pour l'ensemble des juristes, la résultante obligée d'une authentique départementalisation des « quatre vieilles ». Dans son article 3, ce texte législatif a en effet maintenu, contre vents et marées et même sans état d'âme, un principe diamétralement opposé qui est celui de la spécialité législative. Bien connu et très ancien, ce principe traditionnel n'est, ni plus ni moins, qu'un lourd héritage d'une très longue période coloniale, considérée comme discriminatoire et inégalitaire, et qui remonte à plusieurs siècles en arrière et, plus précisément, à l'ancienne France monarchique.

En résumé, voici l'essentiel de ce qu'il faut retenir à propos de la très controversable loi du 19 mars 1946. Il s'agit d'un texte législatif amphibologique qui, d'un côté, érige effectivement les « quatre vieilles » au rang de « départements français » mais qui, de l'autre, maintient en vigueur un régime de type colonial, dans la mesure où les lois futures n'y sont pas applicables « de plein droit ».

Comme les trois départements français situés en Amérique du Sud et dans la Caraïbe, La Réunion demeure donc à la date du 19 mars 1946 un « faux département » ou plus exactement un « département sans effet concret », pour ne pas dire – en ayant recours au langage créole réunionnais – un « *goni* (sac) vide ». Il en est ainsi, dès lors que l'objectif visant à sa mise à égalité républicaine, au plan législatif, avec les départements métropolitains n'est pas atteint mais reporté à une date ultérieure, au demeurant inconnue. C'est un fait avéré que les Réunionnais ne deviennent pas le 19 mars 1946 des « Français de la République à part entière ». Qu'on le veuille ou non, ils demeurent au jour sonnant du 19 mars 1946 – en reprenant un lieu commun – des « Français de la République entièrement à part ».

Pour François Miclo, si « *la loi de départementalisation apparaît bénéfique en ce qui concerne la structure administrative des quatre territoires* » ultramarins, force est de constater « *au sujet de l'assimilation législative qui était l'objectif de ses auteurs* » que « *ses effets sont quasiment nuls* ». En foi de quoi, notre pointilleux collègue conclut sèchement son analyse par un jugement qui est négatif et sans appel : « *Le régime législatif des anciennes colonies n'est donc pas foncièrement transformé* »⁶⁹. À cette critique doctrinale, autant lucide

⁶⁹ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, op. cit., p. 58. Dans le même sens, voir le point de vue détracteur de l'écrivain engagé Daniel Guérin qui met l'accent sur le manque de hardiesse de la loi de départementalisation du 19 mars 1946, dès lors qu'elle conforte un double régime traditionnel de spécialité normative : un régime de spécialité pour la législation et la réglementation en vigueur dans son article 2 et un régime de spécialité pour la législation à venir dans son article 3 : « *En fait, la loi de 1946 n'a pas fait des Antilles françaises des départements métropolitains, mais seulement des 'départements d'Outre-mer', c'est-à-dire des départements de seconde classe, des parents pauvres. Elle n'a*

qu'implacable mais amplement méritée, fait écho celle d'Olivier Dupéré qui surenchérit avec une légère pointe d'ironie, au demeurant tout à fait justifiée pour la circonstance : « *À ce titre, célébrer l'anniversaire de l'adoption de la loi du 19 mars 1946 revient à célébrer l'adoption d'une demi-mesure, d'une mesure dépourvue de toute garantie* »⁷⁰.

Suite à cet examen critique, il paraît bien difficile de partager le point de vue des défenseurs de l'artificieuse loi du 19 mars 1946. Tout en reconnaissant sa grande clairvoyance sur l'incomplétude de la loi de départementalisation des « quatre vieilles », nous ne pouvons pas notamment adhérer à la conclusion de l'historien Eugène Rousse quand il proclame que ce texte législatif est « *un événement considérable* »⁷¹. Pour dire la vérité toute nue, nous pensons qu'il n'en est rien.

Mais allons plus loin dans l'exégèse critique, cette fois-ci avec les juristes internationalistes. Malgré la portée historique et symbolique que l'on se délecte bien trop souvent à lui reconnaître, la supposée loi d'intégration du 19 mars 1946 n'est pas une loi de décolonisation des « quatre vieilles », comme on veut bien nous le faire croire. Bien qu'ayant été adoptée à l'unanimité, cette loi ordinaire – il s'agit en fait d'un texte de compromis, plutôt bancal – n'est en aucune façon l'équivalent d'une nuit du 4 août 1789 pour les Antillais, les Guyanais et les Réunionnais. En raison de ses ambiguïtés et de sa pusillanimité, la loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'est pas un acte juridique libérateur et, encore moins, un acte politique romantique et révolutionnaire qui mériterait d'être reconnu et célébré. Sur ce plan précis et uniquement sur ce plan, nous ne pouvons que partager l'analyse des séparatistes du LPLP quand ils déclarent *urbi et orbi* qu'il ne faut surtout pas commémorer à La Réunion la date fort peu significative du 19 mars 1946. Ce point de vue est également pour nous une certitude.

Sans doute, faut-il admettre avec la politologue Françoise Vergès que l'année 1946 fut « *un moment fondateur de l'histoire réunionnaise car c'est un moment où un mouvement social intervient dans l'espace politique et exprime ses demandes* », avant d'obtenir gain de cause après maintes et fermes revendications⁷². Ce « *moment fondateur* » revendiqué pendant des décennies – il s'agit de la décolonisation en droit ou décolonisation formelle des « quatre

produit qu'une 'départementalisation' bâtarde dans laquelle subsiste une partie de l'ancienne législation coloniale, tandis que la législation métropolitaine n'a pas été introduite intégralement ». D. GUERIN, *Les Antilles décolonisées* (Préface d'Aimé Césaire), Paris, Présence Africaine, 1956, 188 p. et notamment p. 157.

⁷⁰ O. DUPÉRE, « La loi du 19 mars 1946, un droit transitoire de la départementalisation ultramarine », *ibid.*, p. 26.

⁷¹ E. ROUSSE, « Le vote de la loi du 19 mars 1946 : un événement considérable », *Témoignages*, vendredi 22 mars 2013, p. 8.

⁷² F. VERGÈS, *La loi du 19 mars 1946. Les débats à l'assemblée constituante*, *op. cit.*, p. 231.

vieilles » – a bien eu lieu en 1946. Mais il ne coïncide certainement pas avec la date du 19 mars qui est marquée par le sceau de l'inachèvement. Comment alors ne pas partager, à ce sujet, le point de vue critique du professeur Emmanuel Jos lorsque celui-ci déclare qu'il existe « *une véritable mythologie de la loi du 19 mars 1946* », avant de conclure qu'un examen méticuleux et impartial de la loi de départementalisation « *révèle que ce texte a une portée juridique en deçà de ce qu'on lui attribue généralement* »⁷³ ?

En vérité, la décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion ne sera réalisée, toujours au plan juridique ou formel, que quelque mois plus tard avec l'entrée en application de la Constitution du 27 octobre 1946. C'est en effet la norme suprême de la IV^e République qui fait enfin prévaloir, avec le principe fondamental d'assimilation et, plus encore, avec le principe constitutionnel d'identité normative, la finalité égalitariste qui avait été, dès l'origine, réclamée à cor et à cri par les députés ultramarins, mais obstinément refusée par le Pouvoir central.

2. La seconde étape est celle d'une authentique décolonisation de La Réunion au plan juridique : l'œuvre complémentaire et décisive de la seconde Assemblée nationale constituante

À la suite de très nombreux et savants débats parlementaires portant sur des points techniques, toujours passionnés mais aussi parfois confus ou contradictoires, tous minutieusement rapportés par Olivier Dupéré dans un éclairant ouvrage⁷⁴ et sur lesquels, dès lors, nous n'insisterons pas outre mesure dans la présente étude, la situation va très tôt évoluer en faveur de la tendance intégrationniste qui est prônée par Léon de Lépervanche au sein de la commission de la Constitution. Au nom de ses collègues antillais et guyanais, le député communiste de La Réunion insiste en effet pour que les quatre plus anciennes colonies françaises soient désormais considérées comme des parties intégrantes de la République et, plus précisément, comme des territoires soumis au régime général d'assimilation en matière législative et réglementaire qui prévaut dans les départements de la France métropolitaine.

En ce sens et au diapason avec la commission des Territoires d'outre-mer, la commission de la Constitution adopte à l'unanimité des participants – dès le 8 février 1946 – le principe de l'intégration au plan normatif des colonies de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. Par la suite, en se prononçant en faveur du principe constitutionnel d'identité législative, l'article 66 de la proposition de norme suprême, adoptée le 19 avril 1946, consacre à son tour,

⁷³ E. JOS, « La loi du 19 mars 1946 : une lecture rétrospective », *ibid.*, p. 194.

⁷⁴ O. DUPÉRÉ, *Les sources juridiques de la départementalisation ultra-marine*, Institut Universitaire Varenne, Collection Kultura, 2017, 228 p. et tout particulièrement p. 107-191.

dans un alinéa 2, une solution assimilationniste qui, à l'évidence, est en totale opposition avec celle de la loi du 19 mars 1946, une loi qui légitime – nous l'avons constaté et, plus encore, déploré – un principe d'exception avec le principe de spécialité pour la législation à venir. Le procès-verbal ainsi dressé est plutôt inattendu et même saisissant dans la mesure où ces deux textes, votés à un mois d'intervalle, ont été élaborés par le même cénacle parlementaire : à savoir la première Assemblée nationale constituante.

Cependant, dûment consulté comme prévu par la voie référendaire le 5 mai 1946, le peuple français rejette la proposition de loi constitutionnelle qui lui a été faite le 19 avril 1946, ce qui conduit à l'élection, dès le 2 juin 1946, d'une seconde Assemblée nationale constituante dont la mission primordiale vise toujours à l'élaboration de la Constitution de la IV^e République. Au passage, il est à noter que les résultats de la nouvelle élection confirment la tendance politique incarnée par l'écrasante prépondérance de la formule du tripartisme (MRP, PCF et SFIO) qui regroupe 447 députés sur 586.

Dans son alinéa 2, l'article 66 de la proposition de Constitution, adoptée le 19 avril 1946, présentait toutefois de manière fort extensive le principe constitutionnel d'identité législative puisqu'il était censé être applicable sur l'ensemble du territoire de la République française : non seulement dans les départements métropolitains et les quatre nouveaux départements ultramarins créés par la loi du 19 mars 1946 mais également dans tous les autres territoires géographiquement situés outre-mer⁷⁵. Quant à elle, la commission de la Constitution de la seconde Assemblée nationale constituante va, certes, manifester, comme sa devancière, sa volonté de définir, sur une base plus assimilationniste que celle qui figure dans la loi du 19 mars 1946, les quatre départements périphériques créés par ce texte législatif. Mais au passage, elle prend bien soin de préciser que le principe fondamental d'identité législative ne peut réellement bénéficier qu'à ces départements. À ce sujet, Olivier Dupéré confirme qu'« *un consensus apparaît au sein de la commission pour concevoir ce principe d'identité normative comme un élément essentiel aux seuls départements d'outre-mer* »⁷⁶. Au final, la seconde Assemblée nationale constituante finira par épouser le point de vue de la commission de la Constitution. Avec notre collègue, il faut donc insister sur le sens délibérément restrictif, mais tout à fait logique, de

⁷⁵ Dans l'article 66, alinéa 2, le principe d'identité normative formulé dans la proposition de Constitution adoptée le 19 avril 1946 a en fait son origine dans l'article 55 de l'avant-projet qui est rédigé en des termes non équivoques et avec un champ d'application qui est démesuré : « *Les lois de la République sont applicables sur le territoire de la métropole et, sauf disposition contraire de la loi, dans les départements et territoires d'outre-mer* ». Débats de l'Assemblée nationale constituante lors de la 2^{ème} séance du lundi 15 avril 1946, *JORF*, 16 avril 1946, p. 1843-1851 et notamment p. 1843.

⁷⁶ O. DUPÉRE, « La loi du 19 mars 1946, un droit transitoire de la départementalisation ultramarine », *ibid.*, p. 37.

la réforme institutionnelle qui ne pouvait concerner qu'une catégorie bien définie de collectivités territoriales ultramarines – nommément les « quatre vieilles » – en raison de leurs évidentes, multiples et surtout très importantes spécificités par rapport à tous les autres territoires français d'outre-mer.

Pour rétablir l'indispensable vérité historique qui s'impose au sujet de l'importante et lancinante question statutaire posée en 1946 dans les « quatre vieilles » et pour rendre à César ce qui appartient vraiment à César, il convient avec François Miclo de mettre l'accent sur un fait avéré : l'assimilation intégrale, au plan juridique, des Guadeloupéens, des Guyanais, des Martiniquais et des Réunionnais incombe « *autant, sinon plus* », à la Constitution du 27 octobre 1946 qu'à la loi de départementalisation du 19 mars 1946, adoptée par la première Assemblée nationale constituante. Pour notre collègue, il en est ainsi, dans la mesure où les parlementaires ultramarins qui n'ont pu obtenir une « *totale satisfaction au plan législatif* » vont, quelques mois plus tard, dans le cadre de la seconde Assemblée nationale constituante, réagir et finalement « *l'emporter au niveau constitutionnel* »⁷⁷.

C'est en effet la tendance assimilationniste défendue par les députés des « quatre vieilles » qui s'est imposée en fin de compte sur celle de la différenciation. Il en est ainsi, dès lors que l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 a été *de facto* abrogé par l'article 73 de la Constitution de la IV^e République, la norme suprême adoptée par la seconde Assemblée nationale constituante et ratifiée par le peuple français, lors du référendum national du 13 octobre 1946. C'est bien cet article 73 qui a introduit le principe d'identité normative dans les « départements français » de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion en les qualifiant au passage, pour la première fois, de « départements d'outre-mer » (DOM) par opposition à la catégorie des « territoires d'outre-mer » (TOM), des collectivités territoriales dotées de statuts particuliers, régies par son article 74 et soumises au principe contraire de la spécialité législative, les lois nationales n'y étant applicables que sur mention expresse. Les TOM sont des entités normalement assujetties à des dispositions législatives spécifiques en raison de leurs importants particularismes d'ordre politique, géographique, économique et culturel. Dans une optique démocratique, de plus en plus évidente aujourd'hui, le principe de spécialité a aussi désormais pour objectif d'assurer le respect des compétences reconnues aux autorités locales ultramarines.

Afin de satisfaire les doléances assimilationnistes formulées par les députés ultramarins, le principe général d'identité – limité toutefois au seul régime législatif – y est exposé dans l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 en des termes à la fois concis, explicites et impératifs : « *Le régime législatif des*

⁷⁷ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, *op. cit.*, p. 59.

départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi ». En vertu de cette disposition ainsi rédigée, il est désormais acquis que le droit commun tant convoité et espéré au plan législatif devient enfin le principe dans les « quatre vieilles » et le droit dérogatoire l'exception. Si le Parlement veut, à titre exceptionnel, exclure un ou plusieurs DOM du champ d'application d'une loi nationale pour une raison particulière, il en a, certes, le droit. Nonobstant, dans ce cas de figure, il doit toujours l'indiquer d'une manière très claire⁷⁸.

Certes, c'est avec la norme suprême de la IV^e République qu'est enfin réalisée l'émancipation ou décolonisation, au plan juridique, des « quatre vieilles » en général et de La Réunion en particulier. Cependant, une ultime et nécessaire mise au point s'impose dans le cadre de la présente étude. Le principe d'identité législative qui s'applique dans les départements de la France métropolitaine ne peut pas être juridiquement mis en œuvre dans les quatre DOM à la date tapante du dimanche 27 octobre 1946. Ce principe général ne pourra l'être que plusieurs semaines plus tard et, de manière encore plus précise, à la date du mardi 24 décembre 1946, conformément à l'article 98 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui fait coïncider son entrée en vigueur avec le jour de la première réunion du Conseil de la République, une réunion tenue au palais du Luxembourg⁷⁹. Pour étayer notre démonstration, il faut déjà mettre l'accent sur un point essentiel. C'est bien avec l'application effective de l'article 73 de la Loi fondamentale de la IV^e République que s'achève, au moins au plan formel, le processus de transformation des quatre plus anciens « territoires coloniaux » en véritables « départements français ».

⁷⁸ *A priori*, le principe d'identité normative pourrait laisser penser que les mesures d'extension dans les départements d'outre-mer des lois nouvelles applicables sur le territoire métropolitain sont automatiques. En vérité, une telle allégation doit être nuancée. Le législateur dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre comme l'indique l'expression *in fine* de l'article 73 de la Constitution, ainsi rédigée : « *sauf exceptions déterminées par la loi* ». Le Parlement a toujours la possibilité d'écarter l'application de la loi nouvelle à un ou à plusieurs départements ultramarins comme il peut établir, sur le territoire métropolitain, une législation spécifique pour certaines collectivités territoriales, comme par exemple celles de l'Alsace, de la Corse ou de la Lorraine. De même, le Parlement a la possibilité d'édicter une législation qui soit propre aux départements d'outre-mer ou à certains d'entre eux et qui, *a contrario*, ne s'appliquera pas à leurs homologues hexagonaux. Enfin, comme l'indique notre collègue François Miclo, le Parlement peut toujours édicter un texte législatif d'application générale, « *en stipulant cependant que des modalités particulières d'application aux départements d'outre-mer seront fixées par décret* ». F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁹ L'article 98 de la Constitution du 27 octobre 1946 est rédigé en des termes à la fois précis et très clairs : « *L'Assemblée nationale se réunira de plein droit le troisième jeudi qui suivra les élections générales. Le Conseil de la République se réunira le troisième mardi suivant son élection. La présente Constitution entrera en vigueur à partir de cette date* ».

Ce point de vue juridique ne résulte nullement d'une élucubration émanant d'un juriste égaré. Cette précision temporelle, solide en elle-même, se trouve corroborée par deux principaux arguments.

D'abord, il y a un précédent significatif. Décidée par le décret du 27 avril 1848, l'abolition définitive de l'esclavage dans les colonies françaises a bien eu lieu en 1848, mais à des dates distinctes qui résultent des inévitables spécificités locales. Plus précisément, c'est la date d'application effective d'un décret autant rédempteur que libérateur qui a été retenue dans chacune des « quatre vieilles » pour une célébration de la fin de cette longue et sombre période de l'histoire de France, en tant que « jour chômé et férié », et non celle du 27 avril 1848 qui est pourtant à l'origine de cette décision historique. Ainsi, la date de la commémoration officielle de l'abolition de l'esclavage a-t-elle été fixée au 22 mai à la Martinique, au 27 mai en Guadeloupe, au 10 juin en Guyane et enfin au 20 décembre à La Réunion.

En revanche, la date de la décolonisation des « quatre vieilles », au moins au plan juridique ou formel, est une date unique et c'est immanquablement celle du mardi 24 décembre 1946, ainsi que le font savoir, à bon escient et très clairement, les juges du Conseil d'État. Dans un éclairant avis rendu en sa Section des Finances le 29 avril 1947, la haute instance juridictionnelle du Palais-Royal a en effet reconnu que c'est bien l'entrée en vigueur officielle de l'article 73 de la Constitution de la IV^e République qui a entraîné l'abrogation implicite de l'article 3 de la loi de départementalisation du 19 mars 1946. Au besoin, voici l'extrait le plus convaincant d'un avis qui ne laisse place à aucun doute :

« Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cet article 73, ainsi d'ailleurs que des travaux préparatoires de la Constitution, que les Constituants ont entendu assimiler les départements d'outre-mer aux départements métropolitains tout en laissant au législateur la faculté d'édicter, à l'occasion de l'élaboration de chaque loi, des dispositions spéciales concernant les départements d'outre-mer ; qu'il suit de là que, d'une part, contrairement aux prescriptions de l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 qui cesse de recevoir application depuis la date d'entrée en vigueur de la Constitution, les dispositions législatives adoptées par le Parlement depuis cette dernière date sont applicables de plein droit aux départements d'outre-mer précités, même en l'absence d'une mention insérée dans les lois le prévoyant expressément »⁸⁰.

⁸⁰ Avis rendu par le Conseil d'État lors de la séance du 29 avril 1947, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1956, annexe n° 10, p. 67. Voir aussi cet avis in E. JOS, *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'Outremer français. Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion : vers des statuts sur mesure*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 61-62.

Pour dissiper les ambiguïtés ou malentendus, le Conseil d'État a tenu à préciser son expertise juridique de la manière la plus catégorique qui soit. La voici : « *Que d'autre part, les lois votées entre la promulgation de la loi du 19 mars 1946 et l'entrée en vigueur de la Constitution ne sont applicables aux départements précités que si une mention expresse a été insérée dans chaque loi, le Gouvernement ne pouvant la rendre applicable par décret* »⁸¹. Ainsi, pendant la période qui est comprise entre le jeudi 21 mars 1946 (date d'application effective de la loi de départementalisation du 19 mars 1946) et le mardi 24 décembre 1946 (date d'entrée en vigueur officielle de la Constitution du 27 octobre 1946), « *les lois nouvelles applicables à la métropole le seront dans ces départements, sur mention expresse insérée aux textes* », selon les propres termes de l'article 3 du texte législatif du 19 mars 1946.

À l'évidence et pendant encore neuf mois, c'est bien le maintien en vigueur dans les « quatre vieilles » du principe traditionnel de la spécialité législative : un principe remontant à l'Ancien Régime et jugé discriminatoire. C'est aussi reconnaître, d'une manière implicite mais néanmoins révélatrice, avec les membres éminents du Conseil d'État – et à l'instar des indépendantistes du LPLP à La Réunion – que la loi de départementalisation du 19 mars 1946 est et demeure une « loi coloniale » !

Par suite et sans discussion possible, c'est donc bien au jour historique et symbolique du 24 décembre 1946 et non à celui du 21 mars 1946 que l'on doit considérer comme achevée, au moins au plan juridique ou formel, la décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. C'est ce jour-là, plutôt que tout autre, qui mériterait, à notre avis, d'être célébré à La Réunion comme un jour de commémoration officielle, comme une nouvelle date fondatrice de son histoire après celle du 20 décembre 1848, date de l'abolition effective et définitive de l'esclavage. Quant à la décolonisation réelle et pratique des « quatre vieilles », elle ne sera mise en œuvre que tardivement, sous la V^e République, à la suite de nouveaux et durs combats engagés par les députés ultramarins.

C. La décolonisation réelle des « quatre vieilles » réalisée le 1^{er} janvier 1996 à la suite de la revendication par les élus ultramarins du principe supplétif de l'égalité sociale individuelle

Voici déjà une certitude qu'il importe d'emblée de rappeler. La loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'est pas, au plan juridique, une loi d'émancipation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. Par voie de conséquence, elle n'est pas davantage à l'origine de leur

⁸¹ Avis rendu par le Conseil d'État lors de la séance du 29 avril 1947, *Études et Documents du Conseil d'État*, op. cit., p. 67.

décolonisation, au plan concret. C'est la Constitution de la IV^e République qui a permis de réaliser, dans un premier temps, l'assimilation au plan formel des « quatre vieilles », dès lors que son article 73 admet, dans chacune d'entre elles, le principe essentiel tant convoité de l'identité législative.

Nonobstant, pendant de très nombreuses années, force est de constater que ces départements périphériques, ancrés en Amérique du Sud, dans la mer des Caraïbes ou l'océan Indien, vont demeurer au plan social des départements négligés, voire laissés en jachère. Leur décolonisation tangible n'interviendra que beaucoup plus tard, plus précisément à la fin du XX^e siècle et dans le cadre de l'actuelle Constitution du 4 octobre 1958. Dès à présent et dans un esprit de complétude, il importe déjà de préciser que la norme suprême de la V^e République confirme, de manière implicite, le principe général d'assimilation ou principe d'identité législative dans son article 73, ainsi rédigé dans sa forme originelle : « *Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* » (alinéa 1^{er}).

Dans le cadre du nouveau régime, les parlementaires progressistes d'outre-mer vont donc engager une ultime, longue et décisive bataille historique pour une totale assimilation des « quatre vieilles » aux départements de la France hexagonale, pour une émancipation de leurs territoires respectifs qui ne soit plus seulement juridique ou formelle. Ils vont exiger une décolonisation impliquant une égalité réelle de droits entre Ultramarins et Métropolitains, tout particulièrement dans le domaine le plus sensible qui a été et demeure toujours, sans contredit, le domaine social. Ainsi, revendiquée spontanément par les Guadeloupéens, les Guyanais, les Martiniquais et les Réunionnais, cette décolonisation à la fois complète et atypique, mais tout à fait logique, ne sera menée à son terme que quatre décennies après l'avènement de la Ve République, avec la mise en œuvre effective du principe supplétif de l'égalité sociale individuelle à la date toute symbolique du 1^{er} janvier 1996⁸².

⁸² Dès lors qu'il heurte de manière frontale le principe constitutionnel d'égalité qui prévaut au sein de la République, le retard exorbitant pour ne pas dire cyclopéen de la France dans la mise en œuvre effective du statut départemental dans les Outre-mer est totalement inexcusable. Il en est ainsi, même si les Gouvernements successifs ont mis en avant une kyrielle de circonstances atténuantes. Tour à tour et pratiquement de 1946 à 1965, ils ont invoqué le fait que l'État français avait à faire face à des problèmes considérables et urgents comme la reconstruction du pays au lendemain immédiat du Second Conflit mondial, la décolonisation de son immense Empire multiséculaire, deux guerres coloniales de plus en plus coûteuses et meurtrières survenues coup sur coup (en Indochine de 1945 à 1954, puis en Algérie de 1954 à 1962) ou encore la mise en place des nouvelles institutions de la Ve République après le retour au pouvoir du général de Gaulle en 1958.

Mais avant d’obtenir entièrement satisfaction sur un point jugé à tous égards primordial, les partis progressistes d’outre-mer ont dû faire preuve de constance, d’opiniâtreté et de résilience. Il faut déjà leur être sincèrement reconnaissant pour avoir stigmatisé les astuces, dérobades, échappatoires, excuses, pirouettes, réticences, ruses ou tergiversations de toutes sortes invoquées sous la IV^e et la V^e République par des Gouvernements – aussi bien de droite que du centre ou de gauche – qui refusaient obstinément de mettre en œuvre une départementalisation authentique dans les « quatre vieilles ». Ces attermoissements, détours, faux-fuyants, mensonges, prétextes ou subterfuges en tous genres – tous bien sûr inacceptables, pour ne pas dire intolérables – ont en fait été dénoncés très tôt dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique et tout particulièrement dans celui de La Réunion.

Concrètement, à partir du 24 décembre 1946 qui est le jour d’entrée en application officielle de la Constitution de la IV^e République, le statut départemental qui implique tout particulièrement l’égalité sociale est bien institué au plan formel. Mais il n’est pas traduit dans les faits. Aussi, dans un contexte plutôt délétère et de plus en plus toxique – pour ne pas dire explosif – les élus communistes de La Réunion vont très vite monter au créneau et sonner de plus en plus souvent le tocsin. À plusieurs reprises, ils vont mettre en garde le Gouvernement de Paris contre sa passivité cynique et pérenne dans les « quatre vieilles » en général et dans le département français des Mascareignes en particulier.

Ainsi, dans un très court mais solennel message adressé au président du Conseil socialiste, Guy Mollet, et publié dès le mardi 14 mai 1957, dans le journal *Témoignages*, Paul Vergès et Raymond Mondon – tous deux élus députés communistes (PCF) de La Réunion le 2 janvier 1956 – exprimaient une très grande désillusion et une rancœur non dissimulée en des termes particulièrement bien frappés. Les voici : « *Les Réunionnais, onze ans après le vote de la loi du 19 mars 1946 et de la Constitution, constatent que, dans les faits, l’égalité qui leur avait été promise leur est systématiquement refusée. L’espoir qu’ils avaient en 1946 se transforme en une immense amertume* »⁸³.

C’est cette carence coupable du Pouvoir central et ce sabotage délibéré de la loi du 19 mars 1946 et de la Constitution du 27 octobre 1946 par les Gouvernements successifs qui ont pu justifier le programme initial du PCR qui, dès sa création, décide de tourner le dos à la départementalisation et milite, entre 1959 et 1981, pour une autonomie démocratique et populaire de La Réunion au sein de la République française. Par la suite, le parti de Paul Vergès – alors icône

⁸³ A. ORAISON, « Le cinquantenaire de la départementalisation à La Réunion. L’attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996. Qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ? », *ibid.*, p. 219.

incontestée de la politique locale – a été conduit à changer son fusil d'épaule. Il abandonne le mot d'ordre d'autonomie interne au profit de celui de régionalisation. Ce nouveau concept implique une importante réforme administrative prônée par François Mitterrand, élu président de la République le 10 mai 1981, avec à la clef la promesse d'une installation rapide, dans chaque DOM, d'une assemblée délibérante unique élue à la représentation proportionnelle et dotée de pouvoirs très étendus afin de permettre une gestion plus démocratique et efficiente des affaires locales. Dans un contexte plus propice et apaisé et, à l'instar de leurs homologues antillais et guyanais, les responsables du PCR décident, en parallèle, de lutter pour une application véritable et visible de la départementalisation, tout particulièrement au plan social.

À ce sujet, il faut saluer leur ténacité pour avoir réussi à faire admettre aux autorités nationales l'application du principe de l'égalité intégrale entre Ultramarins et Métropolitains et, plus précisément, le principe de l'égalité sociale individuelle dans les quatre premiers départements français d'outre-mer⁸⁴. Mais un tel principe – considéré comme fondamental – n'est-il pas tout simplement la résultante apodictique ou obligée d'un système binaire constitué par l'article 1^{er} de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 et l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 ? Pour tout juriste digne de foi et, sans la moindre hésitation, la réponse à une telle question ne peut être, au premier abord, que positive.

Pourtant, ce n'est pas, à l'origine, le point de vue des forces politiques de la droite et du centre qui militent sous la houlette de Jacques Chirac, alors Premier ministre de 1986 à 1988, en cohabitation contrainte avec le président socialiste François Mitterrand. Ces forces ultra-conservatrices étaient alors favorables à ce qu'elles appelaient la « *parité sociale globale* », une expression quelque peu absconse, nébuleuse, pour ne pas dire technocratique, et qui visait en fait à instituer une pseudo-égalité, voire, pour être plus juste, une égalité au rabais, de nature à empêcher les Ultramarins de devenir des citoyens « à part entière » au sein de la République française pour des raisons qui sont toujours basement matérielles et, une nouvelle fois, essentiellement d'ordre comptable et financier. Suite à une judicieuse opération de décryptage, il apparaît évident que l'insondable et énigmatique principe de la parité sociale globale visait, ni plus ni moins, à justifier et à légaliser dans les Outre-mer départementalisés au cours de l'année 1946 le paiement de prestations sociales inférieures, au plan individuel, à celles qui sont normalement et réellement versées dans les départements métropolitains.

⁸⁴ Mayotte est le cinquième département français d'outre-mer et le second dans l'océan Indien. Concernant son processus de formation qui est contraire au droit international de la décolonisation forgé dans le cadre des Nations Unies, voir *infra*.

Aussi, pour montrer une opposition véhémente et, plus encore, non négociable à la loi de programme du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte, un texte législatif qui, pour eux, tend à légitimer avec l'abjecte « *parité sociale globale* » – une parité qu'ils brocardent en la qualifiant de « *parité sociale raciste* » – un principe d'égalité à géométrie variable selon que les collectivités territoriales françaises sont géographiquement situées sur le territoire métropolitain de la République ou ancrées outre-mer⁸⁵, les deux députés communistes (PCR) de La Réunion – Élie Hoarau et Paul Vergès – prennent une décision mûrement réfléchie, spectaculaire et plutôt rarissime. Le 14 octobre 1987, ils démissionnent de leur mandat de député au profit de leurs suppléants respectifs : Claude Hoarau et Laurent Vergès.

Par la suite, ayant grandement besoin des voix des populations des Outre-mer pour espérer être élu en 1995, le candidat gaulliste à l'élection présidentielle – Jacques Chirac – finira par abandonner l'exécrable principe de la parité sociale globale pour s'aligner, lors de sa campagne électorale, sur la thèse foncièrement égalitariste défendue par Paul Vergès et le PCR en promettant à son tour d'instaurer, le plus tôt possible et sans aucune condition restrictive, le principe de l'égalité sociale individuelle entre les Français des départements ultramarins et ceux des départements hexagonaux⁸⁶.

Conçu pour réaliser une « *égalité pleine et entière* » entre Ultramarins et Métropolitains, ce principe qui découle directement du principe juridique et philosophique d'égalité entre les personnes – un principe consacré par la Constitution du 4 octobre 1958 – est aussitôt confirmé par le nouveau président de la République. Il est mis en œuvre, dès le début de son septennat qui commence le 7 mai 1995. En sa qualité de ministre de l'Outre-mer, Jean-Jacques de Peretti précise à ce sujet, dès le 6 octobre 1995, à la veille de sa première visite officielle à l'île de La Réunion, que le principe de l'égalité sociale individuelle sera appliqué à la date du 1^{er} janvier 1996 dans les quatre départements ultramarins créés en 1946 en soulignant, à l'appui, qu'il s'agissait-là d'« *une revendication légitime, car il est inadmissible philosophiquement et moralement qu'un Français de*

⁸⁵ Voir le contenu de la loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte, *in JORF*, 3 janvier 1987, p. 110-112 et notamment p. 111.

⁸⁶ Figure emblématique du PCR, Paul Vergès renverra l'ascenseur au candidat gaulliste en appelant les Réunionnais à se prononcer pour les « *candidats de l'égalité sociale* » au premier tour de l'élection présidentielle, fixé au 23 avril 1995 – y compris nommément pour Jacques Chirac – avant d'appeler les électeurs à voter au second tour pour le candidat socialiste : Lionel Jospin. Concernant l'*interview* de Paul Vergès accordée à ce sujet au journal télévisé de RFO, voir ANONYME, « La position du PCR pour la présidentielle : d'une clarté limpide », *Témoignages*, vendredi 14 avril 1995, p. 3.

métropole et un Français d'outre-mer soient traités différemment »⁸⁷. Depuis le 1^{er} janvier 1996, c'est pratiquement chose faite. Les Guadeloupéens, les Guyanais, les Martiniquais et les Réunionnais entrent enfin dans la catégorie des « Français à part entière »... ou presque. La plupart des prestations sociales et familiales versées dans les quatre départements périphériques, ainsi que l'institution du SMIC, sont désormais purement et simplement alignées à cette date historique sur celles des départements métropolitains⁸⁸.

Après leur intégration au sein de la République, au plan organisationnel et administratif ou *stricto sensu*, en vertu de la loi de départementalisation du 19 mars 1946, et, plus encore, après leur assimilation au plan législatif et réglementaire, dès l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946, la décolonisation réelle des « quatre vieilles » aura donc été menée à son terme logique, notamment au plan social, après un demi-siècle de revendications syndicales et de luttes incessantes des forces politiques de progrès ultramarines. Les communistes réunionnais – ceux du PCF comme ceux du PCR – figurent sans contestation possible parmi les principaux artisans d'une réforme institutionnelle essentielle qui permet enfin de tourner une grande page d'histoire, une page désormais écrite à la date du 1^{er} janvier 1996 et synonyme d'une décolonisation effective de La Réunion⁸⁹ : une décolonisation singulière et atypique ou hors normes puisque réalisée par le biais d'une authentique intégration de l'île française des Mascareignes dans l'ancienne grande puissance coloniale.

Ceci dit, il convient d'être réaliste et de garder les pieds sur terre. Des efforts très importants restent encore à accomplir dans de nombreux domaines, autres que le domaine social au sens strict, pour établir une complète égalité entre les Ultramarins – notamment ceux qui sont régis par le principe d'identité législative – et les Métropolitains. Il appartient au Gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le coût de la vie qui est bien plus élevé dans les collectivités territoriales d'outre-mer que dans celles de la France hexagonale. Il lui incombe d'intervenir pour faciliter l'accès à l'énergie, à l'eau potable et au logement en apportant un soutien appuyé à la rénovation et, plus encore, à la construction de logements sociaux dans les Outre-mer, tout particulièrement à Mayotte⁹⁰. Le Pouvoir central doit aussi s'impliquer dans les domaines financiers

⁸⁷ A. BERTHON, « Le ministre de l'Outre-Mer confirme la réalisation de l'égalité sociale au 1^{er} janvier 1996 », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 7 octobre 1995, p. 9.

⁸⁸ Afin de concrétiser l'égalité sociale individuelle dans les quatre DOM, l'alignement du SMIC sur celui de la Métropole a, en fait, été réalisé en deux étapes : la première est intervenue dès le 1^{er} juillet 1995 et la seconde au 1^{er} janvier 1996.

⁸⁹ A. ORAISON, « Le cinquantenaire de la départementalisation à La Réunion. L'attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996. Qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ? », *ibid.*, p. 213-242.

⁹⁰ F. BANC, « Mayotte. 10 ans après le changement de statut. Un département toujours en construction », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mardi 30 mars 2021, p. 13.

et techniques afin de permettre aux « quatre vieilles » de tendre vers une indispensable autonomie énergétique. Il a encore pour mission de promouvoir la coopération régionale en matière économique et de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour faciliter la mobilité des Ultramarins au triple plan familial, médical et professionnel, ce qui nécessite sans aucun doute une réforme en profondeur du concept de continuité territoriale, sans oublier la question non moins fondamentale de l'égalité effective entre hommes et femmes.

Pour réaliser ces objectifs, une loi de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer a été adoptée à l'unanimité par le Parlement le 28 février 2017⁹¹. Son article 1^{er} indique que « *la République reconnaît aux populations des outre-mer le droit à l'égalité réelle au sein du peuple français* » et précise que « *cet objectif d'égalité réelle constitue une priorité de la Nation* ». Mais cette finalité tous azimuts – une finalité qui va désormais bien au-delà de la décolonisation proprement dite des « quatre vieilles » – est une œuvre de très longue haleine, dont la convergence, selon le texte législatif du 28 février 2017 ne pourra être atteinte que progressivement et, dans le meilleur des cas, pas avant l'horizon 2050.

D. L'évolution divergente du principe d'identité législative et du concept de département d'outre-mer sous la V^e République à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003

Pour avoir une vue exhaustive dans une étude qui porte sur la décolonisation de La Réunion, l'accent doit enfin être mis sur le rôle majeur joué par le principe constitutionnel d'identité législative, un principe qui apparaît désormais comme le seul et véritable critère de l'émancipation au plan juridique des « quatre vieilles », au lendemain de la salutaire révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (1). Au demeurant, un tel constat est conforté par un recul ou déclin à la fois vélocé et irrésistible, dans les Outre-mer, du concept de département qui avait été conçu sous la Révolution de 1789 et avait, par la suite, fait fortune sous tous les régimes successifs pendant une période plus que bicentenaire (2).

1. La consécration en 2003 du principe constitutionnel d'identité législative en tant que seul et incontestable critère de la décolonisation des « quatre vieilles »

Pour ce qui a trait au principe constitutionnel d'identité législative, il convient de rappeler, dès l'abord, que l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 a cédé la place à un article de la Constitution du 4 octobre 1958 qui porte le même numéro. Voici déjà une indiscutable continuité dans la numérotation des

⁹¹ Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, 1^{er} mars 2017, texte 1 sur 137.

articles des deux plus récentes normes suprêmes. Mais contrairement à d'autres domaines, la Loi fondamentale de la V^e République – dûment ratifiée par le référendum national du 28 septembre 1958 – n'innove guère quant au fond dans son article 73, du moins dans sa version initiale.

L'article 73 de la présente Constitution ne remet pas en cause le principe général d'assimilation ou principe d'identité législative dans les départements ultramarins, un principe essentiel qui est censé être, selon notre thèse, la preuve tangible de leur émancipation ou décolonisation au plan juridique. À la date originelle du 4 octobre 1958, cet article se prononce en ce sens, mais d'une façon que l'on peut qualifier d'implicite ou de sous-entendue dans son alinéa 1^{er}, ainsi rédigé : « *Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Avec nombre de publicistes parmi les plus qualifiés et notamment avec le professeur Jean Waline, il convient de préciser qu'avec un tel libellé de l'article 73 qui – à l'évidence – est d'interprétation restrictive, « *il ne peut s'agir que de simples adaptations du régime de droit commun* ». Autant dire, avec notre éminent collègue, qu'aux origines de la V^e République et pendant plusieurs décennies, il n'y aura « *place pour aucun particularisme* »⁹².

La situation va toutefois connaître un chambardement avec la révision de la norme suprême réalisée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, une révision qui s'est traduite par une réécriture en profondeur du titre XII de la Constitution, concernant les collectivités territoriales⁹³. Tout en mettant fin, par réalisme, à la *summa divisio* DOM-TOM qui avait été introduite par la Loi fondamentale de la IV^e République⁹⁴, le Constituant de 2003 confirme néanmoins le principe d'identité

⁹² J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2020, p. 162.

⁹³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568-5570, notamment p. 5569. Pour un commentaire critique de cette loi constitutionnelle, voir notamment A. ORAISON, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la Ve République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de La Réunion », *RFDA*, 2003, n° 4, p. 684-693. Par la suite, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a été modifiée. Cité à plusieurs reprises dans la présente étude, l'article 73 de la Constitution actuellement en vigueur tient évidemment compte de ces modifications, au demeurant modestes. Consulter à ce sujet la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République *in JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890 et son analyse par P.-O. CAILLE, « L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 » *in AJDA*, 2008, n° 34, p. 1887-1892.

⁹⁴ En vérité, la distinction initiale est maintenue sous une forme voisine. Il faut d'emblée mentionner les départements et régions d'outre-mer (DROM) qui sont régis par l'article 73 de la Constitution et soumis au principe d'identité législative. Sous l'appellation de « collectivités d'outre-mer » (COM), les autres collectivités territoriales ultramarines sont régies par l'article

normative. Cependant, celui-ci est exprimé d'une manière plus explicite, ainsi que le note le professeur Olivier Gohin : « *L'article 73 n'a jamais été aussi catégorique* »⁹⁵. Au besoin, en voici la preuve dans son alinéa 1^{er}, ainsi rédigé : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* ».

Nonobstant, comme le souligne avec à-propos François Miclo, « *une conception totalement assimilationniste, pour séduisante et généreuse qu'elle soit, peut difficilement être mise en œuvre* »⁹⁶. Autant dire que le droit commun n'est pas toujours la solution la plus adéquate pour résoudre les problèmes spécifiques qui se posent dans les Outre-mer départementalisés au cours de l'année 1946.

Aussi, pour tenir compte des réalités du terrain, le principe d'identité législative est-il présenté en 2003 dans une formulation qui est beaucoup plus souple que celle de 1958. Sans pour autant remettre en cause la règle de l'unité et de l'indivisibilité de la République française, ladite formulation permet en effet au législateur national de prendre davantage en considération les évidents handicaps permanents des territoires ultramarins comme « *l'éloignement des centres de décisions nationaux* », un inconvénient manifeste qui avait été relevé par le président Jacques Chirac dans son discours prononcé au théâtre de Champ Fleuri à Saint-Denis de La Réunion, le 18 mai 2001⁹⁷. Dans le même ordre d'idées, le Parlement ne saurait ignorer d'autres contraintes naturelles, souvent majeures,

74 et normalement assujetties au principe de la spécialité législative. Quant au statut *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie, établi par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, il est purement et simplement confirmé en 2003.

⁹⁵ O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, n° 4, p. 678-683 et notamment p. 679.

⁹⁶ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷ Dans son allocution du 18 mai 2001, Jacques Chirac déclare : « *Le statut constitutionnel de l'Outre-mer, l'éloignement des centres de décisions nationaux, la diversité de vos traditions culturelles, les difficultés économiques très spécifiques que vous rencontrez en raison de votre isolement géographique, les particularités de votre environnement international : tous ces facteurs se conjuguent pour justifier, pour exiger, que soient dévolus aux collectivités d'outre-mer des pouvoirs plus larges répondant à leur volonté de prendre leurs responsabilités* ». Il est certain que les peuples ultramarins se caractérisent par leurs extrêmes diversités. Qui pourrait alors sérieusement leur refuser le droit d'en tirer des enseignements, notamment au plan statutaire ? À cette fin, le chef de l'État avait souhaité que les DOM puissent désormais s'orienter, de manière démocratique, dans la voie de traitements différenciés au plan institutionnel : « *L'heure des statuts uniformes est passée. Il n'y a plus aujourd'hui de formule unique qui réponde efficacement aux attentes variées des différentes collectivités d'outre-mer. Chacune d'entre elles doit être libre de définir, au sein de la République, le régime le plus conforme à ses aspirations et à ses besoins sans se voir opposer un cadre rigide et identique* ». R. BACQUÉ, « M. Chirac propose une révision constitutionnelle pour offrir des statuts « à la carte » à l'outre-mer », *Le Monde*, dimanche 20-lundi 21 mai 2001, p. 7.

comme l'isolement géographique des départements périphériques, leurs dérèglements climatiques prononcés avec des risques grandissants de retombées cataclysmiques, leur relief plus ou moins accidenté, leur insularité et leur faible superficie – à l'exception toutefois de la Guyane continentale – et, plus encore, leurs innombrables difficultés rencontrées en matière de développement économique, social et culturel.

Ainsi révisé et justifié, le nouvel article 73 de la Constitution de la V^e République se lit comme suit dans son alinéa 1^{er}, intégralement rédigé : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ». Cette rédaction suscite les réflexions et précisions suivantes. Certes, les adaptations dont il s'agit peuvent toujours être mises en œuvre par les autorités nationales : qu'il s'agisse du Gouvernement ou du Parlement. Mais désormais, en vertu de l'article 73, alinéa 2, ces adaptations peuvent également être décidées par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion. Néanmoins, pour éviter tout risque de dérapage, deux butoirs très importants ont été prévus : les adaptations dont il s'agit ici ne peuvent intervenir que « *dans les matières où s'exercent leurs compétences* » et, de surcroît, « *si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement* ».

Plus encore et si l'on fait abstraction, un court instant, de la déconcertante et incompréhensible exception qui vise uniquement La Réunion dans l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution, les diverses collectivités territoriales régies par cet article disposent dorénavant de compétences normatives de dérogation aux normes nationales, dès lors qu'elles « *peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement* » (alinéa 3).

Certes, à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il faut bien constater une évolution perceptible marquée par des dérogations non négligeables au principe général d'assimilation, en ce qui concerne le régime législatif. Toutefois, cette évolution des compétences normatives vers la différenciation n'est pas absolue. Elle demeure encadrée ou canalisée afin que ne soit pas remis en cause le principe même de l'identité législative, ainsi que les acquis sociaux de la départementalisation revendiqués par les députés ultramarins et consacrés par la loi du 19 mars 1946 et la Constitution du 27 octobre 1946 : deux textes juridiques désormais inséparables d'une décolonisation au moins formelle des « quatre vieilles ». Une nouvelle fois, en voici la démonstration avec preuves juridiques à l'appui.

Afin d'assurer le respect des missions traditionnelles de l'État qui ne sont pas « transférables », ainsi que l'unité organique du pouvoir législatif au plan national, on peut en effet observer avec Pierre-Olivier Caille que le champ d'application du « *pouvoir normatif décentralisé* », ainsi créé par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, est « *matériellement limité* » par l'existence de plusieurs verrous très importants posés par le Constituant⁹⁸. D'abord, les habilitations législatives et réglementaires prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la Constitution ne peuvent intervenir qu'« *à la demande de la collectivité concernée* », en vertu de son alinéa 6. C'est dire déjà qu'elles sont soumises au principe démocratique du volontariat. C'est là le premier verrou constitutionnel. En outre, les habilitations législatives et réglementaires qui sont prévues par l'article 73 de la norme suprême ne peuvent être délivrées que « *dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement* », en vertu de son alinéa 3. C'est dire, *a contrario*, que ces habilitations ne sauraient être de portée générale. C'est le deuxième verrou. Plus encore, ces habilitations ne peuvent pas intervenir dans les matières relevant des missions régaliennes de l'État qui sont énumérées, d'une façon au demeurant non exhaustive, dans l'alinéa 4 de l'article 73. C'est le troisième verrou. Enfin, dans son alinéa 6, l'article 73 souligne qu'il ne saurait y avoir un droit à l'habilitation législative et réglementaire, au profit des collectivités territoriales qui entrent dans son champ d'application, « *lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique* » comme la liberté de conscience, la liberté d'enseignement ou la liberté de la presse. De même et toujours en vertu de cet alinéa 6, il ne saurait y avoir un droit à l'habilitation lorsqu'un « *droit constitutionnellement garanti* » est en cause comme le droit au travail, le droit de grève ou le droit de propriété. C'est là le quatrième verrou.

Pour être complet, il faut enfin savoir que l'article 73 de la Constitution a institué un ultime et super-verrou qui concerne uniquement La Réunion dans un alinéa 5, ainsi rédigé : « *La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion* ». Cet alinéa a été voté à la suite d'un singulier amendement déposé par un sénateur réunionnais hostile à toute remise en cause du monopole législatif du Parlement et du principe d'assimilation juridique et, par suite, à un retour indirect à la spécialité législative. L'objectif poursuivi par Jean-Paul Virapoullé est de faire en sorte que l'île de La Réunion demeure « *un département français comme n'importe quel département métropolitain* », avec, pour raison principale invoquée, la « *stabilité institutionnelle* »⁹⁹.

⁹⁸ P.-O. CAILLE, « Article 73 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Économica, 2009, p. 1748-1779. Voir notamment et respectivement p. 1762 et 1763.

⁹⁹ Initiateur de l'alinéa 5 de l'article 73 de la Constitution et toujours très fier de l'être, le sénateur saint-andréen Jean-Paul Virapoullé a tenu à justifier, une nouvelle fois, l'amendement

Synonyme d'apathie, d'indolence ou de torpeur, voire de marasme ou de stagnation, au plan juridique par ses très nombreux contempteurs, cette prétendue garantie constitutionnelle qui s'applique à La Réunion et à elle seulement est, en réalité, fort préjudiciable aux intérêts bien compris de sa population. Il en est ainsi dans la mesure où elle empêche les représentants élus de ce département périphérique de procéder à des interventions sur habilitation, selon le cas, du Gouvernement ou du Parlement dans une série de matières, certes, non régaliennes de l'État mais néanmoins hautement stratégiques comme, par exemple, l'éducation et la culture, la fiscalité locale, les énergies renouvelables, la protection de l'environnement terrestre et marin, le transport public des passagers et des marchandises ou encore l'emploi des jeunes Réunionnais de moins de 25 ans.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'île de La Réunion demeure-t-elle – à l'instar de la Belle au bois dormant – une région monodépartementale quelque peu ensommeillée ou nonchalante, confinée dans un statut hiératique et fossilisant. À dire vrai, elle est ni plus ni moins placée par le Constituant de la V^e République sous un régime juridique voisin de la curatelle : faut-il ici préciser, par comparaison, qu'il s'agit là d'un dispositif d'assistance établi en droit interne pour protéger les « majeurs incapables » ou *minus habens*¹⁰⁰ ! Pour les forces doctrinales qui ont eu l'occasion de se pencher sur cette spécificité constitutionnelle, pour le moins saugrenue, qui pénalise uniquement les Réunionnais, une solution s'impose en priorité lors de la plus prochaine révision de la norme suprême : la suppression pure et simple du cinquième alinéa de son article 73, qualifié, à juste titre, d'« *horreur constitutionnelle* » par la professeure Anne-Marie Le Pourhiet¹⁰¹.

2. Le déclin programmé du concept de département dans les Outre-mer à la suite de la mise en œuvre de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003

Voici un autre constat absolument irrécusable. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 se situe très loin de la vieille conception jacobine française qui remonte à l'ancienne France monarchique. Comme le fait remarquer à ce sujet le professeur Michel Verpeaux, cette révision fait preuve d'une « *certaine audace* »

qui porte son nom à l'occasion d'une récente « Table ronde ». Voir à ce sujet « La départementalisation vue par les acteurs politiques locaux » in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 246-249, notamment p. 247.

¹⁰⁰ A. ORAISON, « En finir avec la curatelle », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, vendredi 4 mai 2018, p. 2.

¹⁰¹ A.-M. LE POURHIET, « À propos du nouvel article 73 de la Constitution », *RFDA*, 2003, n° 4, p. 890-891 et notamment p. 890.

– pour ne pas dire d’un aplomb manifeste – dès lors qu’elle « *met fin à un immobilisme en matière d’organisation administrative et à une forte tradition centralisatrice* »¹⁰².

Avec ce texte, le Constituant a en fait opéré une véritable révolution copernicienne dans la vision de l’ensemble des collectivités territoriales ultramarines et il n’est nullement étonnant de constater que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a été spontanément saluée par la quasi-totalité des spécialistes du droit administratif et du droit constitutionnel. Après avoir souligné, pour sa part, qu’elle avait mis fin au binôme primitif DOM-TOM – une bipartition ou dichotomie qui « *ne rendait plus compte de la réalité* » – et permis une évolution plus démocratique dans les Outre-mer, le professeur André Roux a très bien résumé l’opinion de ses éminents collègues à l’égard de la première grande réforme constitutionnelle de la décentralisation, réalisée dans le cadre de la Ve République :

*« Incontestablement, la révision constitutionnelle de 2003 a marqué un tournant dans l’évolution du statut constitutionnel des départements d’outre-mer. Sans remettre en cause fondamentalement le principe d’assimilation, elle a cependant permis des évolutions de leur régime statutaire qui, jusqu’alors, se trouvaient bridées par la jurisprudence constitutionnelle... La révision constitutionnelle de 2003 a ouvert les portes de la différenciation statutaire, au point que la catégorie des départements d’outre-mer a volé en éclats »*¹⁰³.

Voici une observation fort pertinente du professeur André Roux qui est de nature à conforter la thèse soutenue dans la présente étude. Sacralisé de manière outrancière lors de l’adoption à l’unanimité de la loi du 19 mars 1946, le concept de département, né sous la Révolution de 1789 et qui a traversé presque tous les régimes politiques, certes, ne disparaît pas du paysage constitutionnel et administratif. Depuis l’entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, il est néanmoins permis d’entrevoir pour ce concept traditionnel « *comme les feux d’un crépuscule* »¹⁰⁴. Encore convient-il aussitôt de préciser que si ce

¹⁰² M. VERPEAUX, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l’organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, n° 4, p. 661-669 et notamment p. 661.

¹⁰³ A. ROUX, « L’évolution constitutionnelle du statut des départements d’outre-mer », in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultramarine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 85-102 et notamment p. 86 et 88-89.

¹⁰⁴ Cette formule est empruntée au journaliste et écrivain Michel Droit dans son livre *Les feux du crépuscule (Journal 1968-1969-1970)*, Paris, Plon, 1977, 256 pages (voir avant-propos, p. 8).

concept est effectivement entré dans une phase de recul, de repli ou de déclin dans les Outre-mer départementalisés au cours de l'année 1946, son affaissement ne remet pas pour autant en cause le processus primordial qui est celui de la décolonisation des « quatre vieilles ».

Cette affirmation péremptoire nécessite de nouvelles explications. Tout d'abord, il faut savoir qu'en vertu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, une consultation référendaire préalable et obligatoire s'impose désormais dans toutes les collectivités territoriales ultramarines qui souhaitent changer de statut. Son but est d'apporter des garanties démocratiques maximales afin d'éviter des dérives institutionnelles non désirées par les populations locales qui sont directement concernées. Il en est ainsi en application du nouvel article 72-4 de la Constitution, ainsi rédigé dans son alinéa 1^{er} :

« Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique ».

En vérité, il est relativement aisé de justifier cette règle démocratique devenue incontournable pour la mise en œuvre des réformes statutaires, quelles qu'elles soient, dans toutes les collectivités territoriales qui sont géographiquement situées outre-mer¹⁰⁵. Elle peut être interprétée comme un droit à l'autodétermination interne pour les populations ultramarines. À ce sujet, le professeur André Roux précise que ce droit s'est imposé à la suite de graves errements commis par le Pouvoir central lors des changements de statut intervenus dans deux collectivités territoriales périphériques, notamment celle de Mayotte dans le canal de Mozambique et celle de Saint-Pierre-et-Miquelon en Amérique du Nord :

« L'exigence de l'approbation préalable des électeurs de la collectivité a été prévue afin d'éviter que ne se reproduise la situation de Saint-Pierre-et-Miquelon, TOM transformé en DOM par la loi du 19 juillet 1976 contre la volonté de sa population (alors même que ce statut de DOM avait été refusé à Mayotte bien que sa population l'ait réclamé à une très forte majorité en 1976) pour devenir par la

¹⁰⁵ A. ORAISON, « La reconnaissance par l'article additionnel 72-4 de la Constitution d'un « droit à l'évolution statutaire » au profit des populations françaises d'outre-mer (Les perspectives d'avenir pour la « France d'au-delà des mers » après le vote de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003) », in E. MAESTRI, *La Décentralisation. Histoire, bilans, évolutions*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 329-352.

loi du 11 juin 1985 une collectivité sui generis, toujours sans consultation de sa population »¹⁰⁶.

Avec cette disposition constitutionnelle d'application générale et de nature décisive, la Constitution de la V^e République, renouée de manière substantielle par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, reconnaît ainsi aux habitants de toutes les collectivités territoriales situées outre-mer et notamment aux Réunionnais un « droit de veto » qui lie désormais le Gouvernement et le Parlement lorsqu'ils formulent une réponse négative, lors d'une consultation populaire. Véritable « garde-fou » ou parapet, ce droit de veto est de nature à empêcher des évolutions institutionnelles qui seraient jugées soit prématurées, soit insuffisantes ou, *a fortiori*, imprudentes ou tout à fait inadéquates¹⁰⁷. Autant dire que les habitants des collectivités territoriales ultramarines – des collectivités désormais énumérées nominativement dans l'article 72-3 de la norme suprême du 4 octobre 1958 afin de signifier, de manière solennelle, leur appartenance à la République – ont toujours le dernier mot au plan statutaire.

Pour être pleinement exhaustif en matière d'évolution institutionnelle au sein de la République, encore faut-il savoir que cette appréciable institution démocratique que représente désormais la consultation référendaire est également préalable et impérative dans l'hypothèse, tout à fait originale, où les habitants des collectivités territoriales d'outre-mer régies par l'article 73 de la Constitution souhaitent une évolution statutaire dans le cadre de cet article 73 tout en restant, par suite, soumis au principe fondamental d'assimilation ou principe constitutionnel d'identité législative qui avait été revendiqué en 1946 par les députés ultramarins progressistes afin de réaliser une décolonisation au moins formelle des « quatre vieilles ». Désormais, ces collectivités territoriales périphériques disposent d'un choix entre deux options voisines, en application de son septième et dernier alinéa, ainsi rédigé :

« La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités ».

Entièrement réécrit, à l'instar des articles 72 et 74, l'actuel article 73 de la Constitution met un terme au conservatisme atavique et à une homogénéisation monomaniaque en matière d'organisation administrative des quatre

¹⁰⁶ A. ROUX, « L'évolution constitutionnelle du statut des départements d'outre-mer », *ibid.*, p. 92.

¹⁰⁷ J.-PH. THIELLAY, « Les outre-mer dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 2003, n° 11, p. 564-570 et notamment p. 566.

« départements français » créés par la loi du 19 mars 1946. Sans crainte désormais d’être retoqué par les juges du Conseil constitutionnel¹⁰⁸, le Parlement peut créer une collectivité territoriale nouvelle qui résulte de la fusion, dans le même espace géographique ultramarin, d’un département et d’une région (« option maximaliste ») ou, au contraire, mettre en place une assemblée délibérante unique et commune à ces deux collectivités, des entités administratives qui continuent d’exister et d’agir de manière distincte et pérenne (« option minimaliste »)¹⁰⁹. Le résultat de ce chamboulement constitutionnel est bien au rendez-vous, dès lors qu’il n’y a plus aujourd’hui – pour reprendre la terminologie du professeur André Roux – de « *principe d’unité catégorielle* », mais plutôt « *des évolutions statutaires diversifiées* » pour toutes les collectivités territoriales situées outre-mer¹¹⁰.

Avec l’opportune et stimulante révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le Constituant admet désormais, sans aucun complexe, des architectures institutionnelles qui sont à géométrie variable, en fonction des aspirations légitimes des populations locales concernées. Il en est déjà résulté une très grande diversité de « statuts différenciés » : des « statuts à la carte » ou « statuts sur mesure », notamment pour les collectivités territoriales ultramarines qui sont régies par l’article 73 de l’actuelle Constitution. Autant dire que ces collectivités

¹⁰⁸ Le Gouvernement avait fait voter le 23 novembre 1982 une loi instituant dans chacune des « quatre vieilles » une assemblée unique pour les deux collectivités territoriales ultramarines : le département (existant depuis mars 1946) et la région (créée en mars 1982). Cependant, ce texte fut censuré par le Juge constitutionnel au nom du principe de l’unité catégorielle des départements d’outre-mer calquée sur celle des départements métropolitains, un principe admis et même sanctifié, dans un premier temps, dans le cadre de la Constitution de la V^e République. Après avoir considéré « *qu’en confiant la gestion des départements d’outre-mer à une assemblée qui, contrairement au conseil général des départements métropolitains en l’état actuel de la législation, n’assure pas la représentation des composantes territoriales du département, la loi soumise à l’examen du Conseil constitutionnel confère à cette assemblée une nature différente de celle des conseils généraux* » et que, dès lors, « *ces dispositions vont au-delà des mesures d’adaptation que l’article 73 de la Constitution autorise en ce qui concerne l’organisation des départements d’outre-mer* ». Pour les Sages de la rue de Montpensier, une assimilation des collectivités territoriales visées par l’article 73 doit être entendue *lato sensu*. Par l’enchaînement causal, elle doit autant être institutionnelle que législative. Par suite, le Conseil constitutionnel a déclaré l’ensemble de la loi « non conforme à la Constitution ». Voir Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion, *in JORF*, 4 décembre 1982, p. 3666-3667. Voir également le commentaire de cette décision *in* F. LUCHAIRE, « La décentralisation dans les départements d’outre-mer », *AJDA*, 20 février 1983, n° 2, p. 120-127.

¹⁰⁹ L. BLÉRIOT, « Les départements et régions d’outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, 2005, n° 113, p. 57-71 et notamment p. 61.

¹¹⁰ A. ROUX, « L’évolution constitutionnelle du statut des départements d’outre-mer », *ibid.*, p. 89 et 91.

périphériques restent soumises au principe fondamental d'identité législative, un principe sans lequel – faut-il encore le répéter ? – l'émancipation ou décolonisation des « quatre vieilles », au plan juridique ou formel, n'aurait été qu'un vain mot en 1946.

Sans doute, les îles de la Guadeloupe et de La Réunion se montrent-elles encore plutôt discrètes, voire réticentes, sinon franchement hostiles, à toute idée de changement institutionnel et demeurent en conséquence des départements et des régions d'outre-mer (DROM) ou régions monodépartementales, depuis le vote de la loi du 31 décembre 1982 portant création des régions d'outre-mer (ROM)¹¹¹. Cependant, depuis le jeudi 31 mars 2011, l'île de Mayotte est une nouvelle collectivité territoriale régie par l'article 73 de la Constitution, sans être pour autant un département au sens classique du terme. Il en est ainsi dans la mesure où cette collectivité « *exerce les compétences dévolues aux départements d'outre-mer et aux régions d'outre-mer* », en vertu d'une loi organique du 7 décembre 2010¹¹². Quant à la fusion des deux collectivités territoriales qui coexistent depuis le 1^{er} janvier 1983 dans chacune des régions monodépartementales ultramarines, elle n'est plus conjecturale ou hypothétique. À la suite de consultations référendaires, ce cas de figure a en effet été concrétisé, de manière simultanée, dans l'immense Guyane continentale et dans la petite Martinique insulaire¹¹³.

Après avoir refusé d'abandonner (par peur sans doute d'un éventuel « largage » par la France métropolitaine) le statut de DOM relevant de l'article 73 de la Constitution pour celui de COM régie par l'article 74, lors des consultations populaires directes organisées le 10 janvier 2010 sur le fondement de l'article 72-4 de la Constitution, les Guyanais et les Martiniquais ont résolument opté, par la suite, pour la fusion de leurs régions et de leurs départements respectifs, lors de consultations référendaires « de rattrapage ». Le 24 janvier 2010, les électeurs de la Guyane et de la Martinique avaient en effet le choix entre le maintien du statut de région monodépartementale régie par l'article 73 de la Constitution et la création d'une collectivité territoriale unique (CTU) se substituant au département et à la région d'outre-mer, conformément à l'alinéa 7 du même article 73¹¹⁴. Or,

¹¹¹ Loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, *JORF*, 1^{er} janvier 1983, p. 13-15.

¹¹² Voir *infra*.

¹¹³ Suite à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il n'y a plus désormais de bloc homogène ou d'unité catégorielle pour les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution et pas davantage pour celles qui relèvent de son article 74, mais plutôt des différenciations statutaires, au demeurant plus ou moins importantes. A. ORAISON, « Adieu l'Outre-mer ! Bonjour les Outre-mer ! », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, dimanche 30 juillet 2017, p. 8.

¹¹⁴ Avec le professeur André Roux, il paraît judicieux de rappeler que les collectivités territoriales ultramarines créées sur le fondement du septième et dernier alinéa de l'article 73

dans les deux cas, les Guyanais et les Martiniquais se sont prononcés, à de larges majorités, pour la seconde option qui leur permet d'obtenir une évolution institutionnelle appréciable, tout en restant soumis au principe constitutionnel d'identité législative qui exige l'application des lois de « plein droit » comme le confirme, au demeurant et de manière explicite, l'article 72-3, alinéa 2, de la norme suprême¹¹⁵.

Le statut des deux nouvelles collectivités territoriales uniques est fixé par une loi organique du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution, dûment complétée par la loi du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique¹¹⁶. Après l'élection des membres de leurs assemblées délibérantes qui a eu lieu les 6 et 13 décembre 2015, en même temps que le renouvellement des conseils régionaux d'outre-mer, le centriste de gauche Rodolphe Alexandre et l'indépendantiste Alfred Marie-Jeanne du Mouvement indépendantiste martiniquais (MIM) ont ainsi été élus respectivement présidents de l'assemblée de Guyane et du conseil exécutif de Martinique pour un mandat de 6 ans, à compter du 1^{er} janvier 2016. Depuis cette date, il faut bien admettre, avec les partisans inconditionnels de la fusion du département et de la région dans les Outre-mer départementalisés au cours de l'année 1946, qu'il n'y a plus – en Guyane comme en Martinique – deux crocodiles voraces et rivaux dans le même marigot avec, pour bénéfiques principaux résultants de cette singulière réforme statutaire, la fin assurée des conflits positifs ou négatifs de compétence et beaucoup moins de gaspillage ou double emploi des deniers publics.

À l'issue de ces développements consacrés à la question de la décolonisation de La Réunion sous l'éclairage du droit constitutionnel français, une ultime réflexion s'impose, dès lors qu'elle est de nature à conforter la thèse émise dans la présente étude. Concevable depuis l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, la solution institutionnelle retenue pour la Guyane et la Martinique et le statut spécifique attribué à Mayotte révèlent que ces trois collectivités territoriales uniques (CTU) ne sont plus, au plan juridique, des

de la Constitution de la V^e République « *continuent d'être régies par le principe d'identité législative, même si leur organisation institutionnelle est différente, dans la mesure où il y a (désormais) une totale indépendance entre le régime législatif des collectivités relevant de l'article 73 et leur organisation administrative* ». A. ROUX, « L'évolution constitutionnelle du statut des départements d'outre-mer », *ibid.*, p. 92.

¹¹⁵ E. JOS, « Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts 'sur mesure' destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux », *RFDA*, 2012, n° 1, p. 73-85 et notamment p. 79.

¹¹⁶ Loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, *JORF*, 28 juillet 2011, p. 12818-12821 ; loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, *JORF*, 28 juillet 2011, p. 12821-12853.

départements tout en continuant néanmoins à être régies par l'article 73 de la Constitution et, par suite, par le principe d'identité législative. De manière irréfutable, le statut actuel de ces collectivités confirme le déclin réel et précipité du concept de département qui est ainsi passé, dans les Outre-mer, des « sommets aérés » aux « vallons brumeux ».

Plus que bicentenaire, ce concept qui remonte à la Révolution de 1789 avait été revendiqué pratiquement sous tous les régimes politiques avec constance, et même avec une ferveur croissante et quasi religieuse, par les représentants élus des populations des « quatre vieilles ». Il le fut avant d'être accablé de flatteries et de louanges à répétition, voire encensé, magnifié ou sacralisé de manière abusive, lors de la promulgation de la frileuse ou pusillanime loi de départementalisation du 19 mars 1946, adoptée à l'unanimité, et ce, au détriment du principe constitutionnel pourtant inéluctable de l'identité normative. Il s'agit là d'un principe qui, depuis sa consécration officielle par l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 et sa confirmation par l'article 73 de la norme suprême du 4 octobre 1958 – une norme revue et mise à jour par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 – est et demeure aujourd'hui, pour les Guadeloupéens, les Guyanais, les Martiniquais et les Réunionnais, le seul critère immarcescible ou inoxydable de leur authentique émancipation ou décolonisation au plan juridique.

II. La problématique de la décolonisation de l'île de La Réunion envisagée à l'aune du droit international public

Pour avoir une vue d'ensemble au sujet de l'émancipation de La Réunion, devenue effective en droit au lendemain immédiat de la Seconde Guerre mondiale, une autre question très importante mérite aussitôt d'être abordée. La voici exposée en une simple phrase interrogative. Engagé de façon timorée par la loi de départementalisation du 19 mars 1946 mais parachevé, au plan juridique, par l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946, le processus d'intégration de La Réunion à la République française a-t-il bien été réalisé en conformité avec les règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation établies, depuis 1945, par l'Assemblée générale des Nations Unies ?

À cette cruciale interrogation, on sait déjà que les mouvements nationalistes et indépendantistes des « quatre vieilles » répondent invariablement par la négative. À La Réunion, c'est actuellement le cas du Front populaire de libération nationale, une petite formation politique créée en 2008 et plus connue sous le sigle LPLP (en créole *Lorganizasion popilèr po libèr nouit péi*). De manière régulière,

ses dirigeants martèlent que les Réunionnais « *n'ont jamais été consultés sur leur avenir* » et que l'adoption par les députés de « *la loi scélérate du 19 mars 1946* » – un texte législatif qualifié au passage de « *simulacre de décolonisation* » – a eu lieu « *au mépris des lois internationales et du droit des peuples à l'autodétermination* »¹¹⁷. Dans le numéro du 11 mars 2016 du journal sécessionniste *Fanal*, Bernard Grondin – l'actuel porte-parole du LPLP – a ainsi résumé sa pensée dans un article rédigé en langue française, sous un titre présenté en lettres capitales et, de surcroît, dans un style carré avec le simple mot « *Décolonisation* ». En une phrase, voici le contenu principal de sa déclaration :

« *70 ans après la promulgation de la loi coloniale du 19 mars 1946 érigeant La Réunion en département français d'Outre-Mer (DOM) en violation des recommandations des Nations Unies et du droit du peuple réunionnais à l'autodétermination, nous réclamons devant l'ONU et l'Union Africaine la relance du processus de décolonisation pour notre pays* »¹¹⁸.

La thèse soutenue par les nationalistes des « quatre vieilles » vise ainsi à nier la licéité de la décolonisation de ces territoires survenue au cours de l'année 1946 par la voie de leur assimilation à l'ancienne puissance administrante. Cette thèse exclusive peut néanmoins être récusée par les juristes internationalistes. Pour ce faire, il convient de prendre appui sur la jurisprudence la plus récente de la Cour internationale de Justice. Celle-ci a été exposée dans un éclairant avis consultatif rendu le 25 février 2019 sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* (une affaire également connue en abrégé, dans la présente étude, sous le nom d'affaire des *Chagos*)¹¹⁹.

Afin de se prononcer sur la question de savoir si le processus de décolonisation de La Réunion a été valablement mené à bien au regard du droit international public, il est déjà nécessaire, à titre préliminaire, de déterminer la période appropriée dans le temps aux fins d'identification des règles du droit international applicable. On peut situer le processus de décolonisation de La Réunion, au plan juridique, au cours de la période qui va *grosso modo* de la fin du Second Conflit mondial en Europe, c'est-à-dire du 8 mai 1945, à l'adoption de la loi du 19 mars 1946, complétée en bonne et due forme par l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui consacre le principe d'identité législative

¹¹⁷ TH. LAURET, « Le LPLP critique le PCR », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mardi 20 mars 2012, p. 8.

¹¹⁸ B. GRONDIN, « DÉCOLONISATION », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 11 mars 2016, p. 1.

¹¹⁹ A. ORAISON, « Radioscopie critique du décret-loi britannique du 8 novembre 1965. Analyse de l'avis consultatif rendu le 25 février 2019 par la Cour internationale de Justice à propos du détachement illicite de l'archipel des Chagos de la colonie britannique de Maurice à la veille de son accession à l'indépendance », *RJOI*, 2020, n° 28, p. 287-381.

dans les départements ultramarins. Dès lors, on peut en déduire que c'est par référence à ce laps de temps qu'il convient d'établir les règles du droit international de la décolonisation applicables à ce processus.

Nonobstant, il ne saurait être question d'être prisonnier de cette période, au reste très brève. Si l'identification de cette branche du droit international doit se focaliser sur la période concernant les années 1945 et 1946, cela ne saurait nous empêcher, « *surtout lorsqu'il s'agit de règles coutumières* », de tenir compte de l'évolution du droit à l'autodétermination des peuples des territoires non autonomes ou assimilés depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies, intervenue le 24 octobre 1945, et de l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 1514 (XV) contenant, à la date du 14 décembre 1960, la célèbre *Déclaration de l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*. Comme l'indique la Cour de La Haye dans son avis consultatif rendu le 25 février 2019, la pratique des États et l'*opinio juris* – c'est-à-dire l'acceptation de cette pratique « *comme étant le droit* », d'après la définition qu'en donne l'article 38 de son Statut – « *se consolident et s'affirment progressivement dans le temps* ». Plus encore, la Cour prend soin d'ajouter, dans cette affaire, qu'elle se reconnaît le droit, en cas de nécessité, d'évoquer tous les instruments juridiques postérieurs à la période considérée, « *lorsqu'ils confirment ou interprètent des règles ou principes préexistants* »¹²⁰.

Pour rapporter la preuve d'une émancipation démocratique de l'île de La Réunion réalisée, par l'action complémentaire du Législateur en mars 1946 et du Constituant en octobre de la même année, en parfaite conformité ou eurythmie avec les règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation élaborées graduellement par l'organe plénier des Nations Unies, nous reprendrons dans la présente analyse la démarche méthodique suivie par la Haute Juridiction, en l'affaire des *Chagos*.

Ces prolégomènes étant ainsi posés, il importe dès lors de déterminer la nature, le contenu et la portée du droit à la libre disposition applicable au processus de décolonisation de La Réunion. Cette recherche permet d'aboutir à une double réponse que nous pouvons, dès à présent, formuler avant de procéder à sa démonstration effective. D'abord, contrairement à la thèse du LPLP qui est très critique à l'égard de la procédure suivie par la France en matière d'émancipation de La Réunion, on peut d'ores et déjà certifier qu'un référendum d'autodétermination n'était pas indispensable à La Réunion en 1946, au moment où son statut de « territoire colonial » cède la place à celui de « département français » (A). Ensuite et surtout, contrairement une nouvelle fois à la thèse du LPLP qui condamne, plus sévèrement encore, la solution du rattachement pérenne de La Réunion à la puissance administrante, une décolonisation licite de cette île

¹²⁰ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 130, respectivement par. 142 et 143.

n'impliquait nullement, en 1946, la solution unique et maximaliste qui est celle d'une accession à l'indépendance, suivie de la création d'un État pleinement souverain (B).

A. Le caractère nullement obligatoire d'une consultation référendaire dans le cadre du processus de décolonisation de La Réunion au cours de l'année 1946

Pour contrecarrer la thèse soutenue par les divers courants indépendantistes guadeloupéens, guyanais, martiniquais et réunionnais, il importe, de prime abord, de présenter de manière succincte les règles coutumières forgées, depuis 1945, dans le cadre des Nations Unies et qui forment désormais un chapitre homogène et stable du droit international de la décolonisation (1). Cette présentation est nécessaire si nous voulons, par la suite, mettre en exergue le caractère non impératif d'un référendum de libre détermination comme préalable à une décolonisation, au moins formelle, des territoires non autonomes au regard du droit international public positif (2). Enfin, à l'intention des responsables des partis sécessionnistes des « quatre vieilles » et notamment à l'intention des dirigeants du LPLP à La Réunion, il faut néanmoins préciser que, pour sa part, le droit constitutionnel français de la V^e République leur donne raison pour l'avenir sur un point non négligeable. Une consultation référendaire des Ultramarins est désormais une procédure inévitable et préalable dans l'hypothèse d'une éventuelle accession à l'indépendance : il en est ainsi, en vertu d'une interprétation extensive de la Constitution du 4 octobre 1958 donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 décembre 1975 (3).

1. Les règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation établies dans le cadre des Nations Unies depuis leur création en 1945

Les porte-paroles des partis séparatistes des « quatre vieilles » sont au diapason pour considérer que la départementalisation introduite dans ces territoires coloniaux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale n'a été qu'une « grossière imposture », dès lors qu'elle aurait été le résultat d'un acte unilatéral et arbitraire de l'État colonial français, un acte d'autorité de la puissance administrante accompli toutefois – selon eux – avec la complicité des députés ultramarins de l'époque. Par suite, ils déclarent qu'une telle réforme institutionnelle se situe aux antipodes du droit international coutumier de la décolonisation établi par l'Assemblée générale des Nations Unies. Il en serait notamment ainsi dans la mesure où – toujours selon eux – la prétendue loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'a pas été précédée par un débat public

approfondi et sincère avec, à la clef, une indispensable consultation référendaire d'autodétermination des populations locales directement intéressées¹²¹.

Pour les mouvements sécessionnistes ultramarins, c'est un principe basique que toute réforme institutionnelle engageant l'avenir d'un peuple – une réforme qui, par définition, est fondamentale – ne saurait être imposée par la puissance administrante. Une telle réforme doit être soumise, d'une manière impérieuse, à l'approbation préalable des populations concernées. À La Réunion, c'est l'opinion du LPLP : l'opinion selon laquelle nul ne saurait disposer du peuple réunionnais par aucun artifice et surtout pas par un statut octroyé par le Gouvernement de la puissance coloniale. Pour le LPLP, c'est au peuple réunionnais – un peuple asservi par la France depuis plus de 350 ans – et à lui seul qu'il incombe de décider de son propre destin et de déterminer librement son futur statut politique par la voie la plus démocratique : celle du référendum. Pour le LPLP, le peuple de La Réunion, comme tous les peuples colonisés et humiliés, doit pouvoir bénéficier, en toutes circonstances, du droit à « l'autodétermination » : il s'agit d'un droit qui est reconnu par les Nations Unies, qui a été réaffirmé par les résolutions de l'Assemblée générale et qui, par suite, le « mènera vers l'indépendance »¹²².

Certes, le fait qu'il n'y a pas eu de scrutin de libre disposition des habitants des « quatre vieilles » et notamment des Réunionnais avant l'adoption de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 est une réalité indéniable. À l'évidence, on doit constater cette réalité et, plus encore, à la limite, on peut la regretter. Cependant, une telle réalité – aussi avérée et fâcheuse soit-elle – doit-elle pour autant être perçue comme une violation caractérisée des principes fondamentaux posés dans la Charte de San Francisco ? C'est à cette première grande question qu'il importe de répondre au plan juridique.

En tant que droit humain fondamental, le droit à l'autodétermination a un champ d'application qui est très vaste. Il faut en être conscient. Aussi, convient-il de limiter notre analyse du droit à la libre détermination dans le contexte bien circonscrit qui est celui de la décolonisation d'une population sous une domination étrangère ou supposée étrangère et, plus exactement en l'espèce, celle qui réside à La Réunion. C'est sans étonnement aucun, pour l'ensemble des juristes internationalistes, que la Cour de La Haye – compte tenu de sa jurisprudence instaurée de très longue date et, de surcroît, stable en la matière – considèrerait, si la question devait lui être posée, indifféremment par la voie consultative ou par la voie contentieuse, qu'est applicable à La Réunion, peu après la Libération, une première règle essentielle du droit international coutumier de la

¹²¹ TH. LAURET, « Le LPLP critique le PCR », *ibid.*, p. 8.

¹²² B. GRONDIN, « Autodétermination. Émancipation. La lutte contre le colonialisme mènera vers l'indépendance », *Fanal, Journal indépendant réunionnais*, 21 juin 2019, p. 1.

décolonisation : le droit inaliénable et imprescriptible à l'autodétermination pour les peuples des territoires non autonomes ou assimilés.

Sans aucun doute, les participants à une procédure gracieuse ou juridictionnelle portée devant la Haute Juridiction pourraient adopter des positions totalement antinomiques en ce qui concerne le caractère coutumier du droit à l'autodétermination des peuples colonisés, son contenu exact ainsi que les modalités de son exercice au cours de la très brève période qui va de 1945 à 1946. Certains juristes internationalistes pourraient en effet soutenir, mordicus, que les règles d'essence coutumière du droit à l'autodétermination n'étaient pas encore devenues des parties intégrantes du droit international au cours de cette période qui correspond en fait aux premiers balbutiements des Nations Unies, une organisation internationale à vocation universelle créée le 26 juin 1945. À l'inverse, d'autres juristes pourraient affirmer que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pour les territoires non autonomes ou assimilés était déjà inscrit dans la Charte de San Francisco, qu'il avait donc pleine force obligatoire depuis le 24 octobre 1945 – la date de son entrée en vigueur officielle – et qu'il devait, par suite, être respecté par tous les États membres de la Communauté internationale et tout particulièrement par la France, en sa qualité de puissance administrante et plus exactement encore de puissance coloniale.

Avant de porter un jugement, au demeurant positif, sur la solution donnée en droit par la France pour légitimer, en 1946, le processus de décolonisation formelle des « quatre vieilles » et notamment celui de La Réunion, quelques remarques préliminaires s'imposent au sujet du droit international de la décolonisation. Pour la plupart, les membres de la doctrine des publicistes les plus qualifiés soulignent que c'est en prenant appui sur la Charte fondatrice – un traité international multilatéral qui mentionne à deux reprises, dans ses articles 1 et 55, « *le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* » parmi les objectifs essentiels des Nations Unies – qu'une majorité anticolonialiste au sein de l'Organisation mondiale a été amenée à forger et à préciser « *les instruments juridiques permettant de légitimer l'accession à la pleine indépendance des peuples coloniaux* »¹²³.

C'est donc dans un contexte évolutif qu'il convient de rechercher à quel moment exact le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes s'est cristallisé en tant que règle coutumière de droit international ayant force obligatoire pour les États administrant des territoires coloniaux. Certes, c'est bien parmi les États membres des Nations Unies qu'une majorité anticolonialiste a été amenée à cerner, au cours des années 1950, le contenu du principe de libre détermination des peuples sous domination étrangère dans une série de résolutions votées à de très fortes

¹²³ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 577.

majorités par l'Assemblée générale. Néanmoins, pour la doctrine, il convient de se référer, sans risque de se tromper, à l'une d'entre elles qui fait l'objet d'un consensus dans la société internationale : il s'agit de la résolution 1514 (XV) précitée qui sert de support à la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*¹²⁴.

La question se pose alors de savoir si cette résolution contient une coutume à portée universelle obligeant tous les États. On est en droit de s'interroger dans la mesure où une résolution adoptée par l'Assemblée générale n'est pas une décision mais une recommandation, c'est-à-dire un acte dépourvu de valeur contraignante. Son trait majeur est donc de ne créer aucune obligation juridique à la charge de ses destinataires. Son but vise plus modestement à proposer à ces derniers un comportement donné. Par suite, les États membres des Nations Unies ne commettent aucune illicéité en ne la respectant pas. Toutefois, lorsqu'elles sont votées à de très larges majorités par les États participants ou, *a fortiori*, à l'unanimité et lorsqu'elles sont, de plus, répétées de manière uniforme, ces résolutions peuvent parfois acquérir une « valeur normative ». Elles peuvent favoriser la conclusion de conventions internationales multilatérales ou engendrer des normes de droit international coutumier à portée planétaire. N'est-ce pas en vérité le cas, à la date du 14 décembre 1960, avec l'insigne et historique résolution 1514 (XV) ?

Pour se convaincre du bien-fondé de cette métamorphose juridique, il convient d'emblée de se référer à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui, dans son paragraphe 1^{er}, définit la coutume internationale « *comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* ». Cette sobre définition fait apparaître que le processus de formation d'une coutume nécessite la réunion de deux éléments. La coutume implique d'abord l'existence d'un *corpus* ou « *pratique générale* » qui est le résultat d'une accumulation dans le temps et dans l'espace de certains actes juridiques (internes ou internationaux) ou comportements (actifs ou passifs), réitérés de manière constante et uniforme par les États souverains. Cependant, comme en religion, il ne suffit pas pour ces États d'être, en ce domaine, de fidèles « pratiquants ». Encore faut-il – comme le souligne, avec un zeste d'humour, notre collègue Mita Manouvel – qu'ils soient profondément « croyants »¹²⁵. La coutume implique aussi un *animus* ou *opinio juris*, c'est-à-dire la certitude chez les sujets de droit qui répètent ces actes juridiques ou ces comportements de façon concordante de se conformer, non pas

¹²⁴ Voir [https://undocs.org/fr/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/fr/A/RES/1514(XV)).

¹²⁵ M. MANOUEL, « Politique et droit dans les résolutions de l'Assemblée générale. La question de l'île de Mayotte », *RGDIP*, 2005, n° 3, p. 643-663 et notamment p. 644, note 4.

à un simple usage de courtoisie, d'opportunité politique ou de tradition diplomatique, mais bien à une authentique règle de droit¹²⁶.

Dans l'affaire des *Chagos*, les juges de la Cour de La Haye, quasi unanimes, ont été conduits à corroborer la doctrine traditionnelle des « *deux éléments constitutifs de la coutume internationale* ». Il en est ainsi, dans la mesure où ils rappellent que la « *pratique générale* » et l'*opinio juris* sont absolument nécessaires pour donner naissance à une règle coutumière. À l'appui, la Cour n'hésite pas à évoquer son pédagogique arrêt rendu le 20 février 1969, au sujet du *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans cette affaire ayant opposé le Danemark et les Pays-Bas à la République fédérale d'Allemagne (RFA), la Haute Juridiction s'est exprimée en des termes qui sont très clairs :

« *Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'opinio juris sive necessitatis. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent* »¹²⁷.

Dans l'affaire des *Chagos*, la Cour reconnaît que l'adoption de la résolution 1514 (XV) constitue « *un moment décisif* » dans le processus de consolidation de la pratique étatique en matière de décolonisation¹²⁸. Mais s'il en est ainsi, c'est à la suite d'une évolution qui fut déterminante en amont. Au cours des années 1950, l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà eu, en effet, une activité créatrice en contribuant, par paliers, à l'émergence du droit international coutumier de la décolonisation. À plusieurs reprises, elle a affirmé et reconnu le droit des peuples des territoires non autonomes à la libre détermination avec pour objectif de le rendre universel et de l'insérer dans le droit international général. On doit ici citer trois résolutions votées en ce sens par l'Assemblée générale : la résolution 637 (VII) du 16 décembre 1952, intitulée *Droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes* ; la résolution 738 (VIII) du 28 novembre 1953, portant un titre quasi identique ; la résolution 1188 (XII) du 11 décembre 1957 dénommée *Recommandations concernant le respect, sur le plan international, du*

¹²⁶ Au sujet du processus complexe et progressif de formation des règles d'essence coutumière du droit international public, consulter notamment P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2020, p. 374-386.

¹²⁷ Affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ, *Rec. 1969*, p. 44, par. 77 (arrêt cité in Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 131-132, par. 149).

¹²⁸ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 132, par. 150.

droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes. Il est indéniable qu'à la suite de ces résolutions adoptées à de larges majorités – voire à l'unanimité des États participants pour la résolution 1188 (XII) – et réitérées de façon concordante, plusieurs territoires non autonomes ont pu accéder, de manière licite, au rang d'États souverains avant même le vote de la résolution 1514 (XV).

Cependant, la phase zénithale est atteinte dans le processus de décolonisation des diverses régions du monde avec la résolution 1514 (XV), dès lors que sa *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* cristallise le droit à l'autodétermination des territoires non autonomes en tant que principe du droit international. Bien qu'elle ne soit qu'une recommandation, la Cour de La Haye souligne que la résolution 1514 (XV) – une résolution également connue sous le nom de *Charte de la décolonisation* – atteste de la présence de l'*opinio juris communis* au sujet du droit à l'autodétermination des peuples des territoires non autonomes en tant que norme coutumière et a, par suite, un « caractère déclaratoire »¹²⁹. Il en est ainsi « du fait de son contenu » qui est sans contredit novateur¹³⁰, de la vigueur du style employé et, plus encore, « des conditions de son adoption »¹³¹.

Dans son préambule, la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* reconnaît « le désir passionné de liberté de tous les peuples dépendants et le rôle décisif de ces peuples dans leur accession à l'indépendance », avant de proclamer « solennellement la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations ». Plus encore, la *Déclaration* désigne les peuples qui sont susceptibles d'invoquer le droit inaltérable à l'autodétermination : dans son article 1^{er}, elle décrète que ce droit appartient aux peuples qui sont assujettis « à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères »¹³². Ainsi, ce sont les populations des territoires non autonomes qui ont le droit de disposer d'elles-mêmes et celui éventuellement d'accéder à l'indépendance. En principe, les autres ne l'ont pas. Toujours dans l'affaire des *Chagos*, la Haute Juridiction homologue une solution jurisprudentielle, fixée de très longue date et notamment exprimée avec une grande clarté dans son avis consultatif du 8 juillet 1996, un avis explicite portant sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* :

« La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances,

¹²⁹ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec.* 2019, p. 132, par. 152.

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Idem.*

¹³² P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 67-68.

fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une opinio juris. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption ; il faut en outre vérifier s'il existe une opinio juris quant à son caractère normatif»¹³³.

À ce sujet, c'est un fait déterminant que la résolution 1514 (XV) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies à l'unanimité des États participants : plus précisément par 89 voix et 9 abstentions. Il est déjà symptomatique de constater qu'aucun des États membres de l'Organisation mondiale ayant participé au vote de la résolution 1514 (XV) n'a osé contester, à la date historique du 14 décembre 1960, l'existence d'un droit de libre détermination pour les peuples coloniaux. Quant aux États qui se sont abstenus et qui sont, pour la plupart, des États européens administrant des territoires non autonomes comme la Belgique, l'Espagne, la France, le Portugal et le Royaume-Uni, certains ont tenu à justifier leur abstention par les délais jugés indispensables pour la concrétisation de ce droit fondamental. Ainsi, la résolution 1514 (XV) atteste de l'existence d'une *opinio juris communis* avérée et possède, en conséquence, un « caractère normatif ». Il en est ainsi dans la mesure où elle énonce, dans son article 2, un principe à la fois transcendant, universel et immarcescible, ainsi formulé : « *Tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel* ».

Pour étayer un raisonnement qui est partagé, de longue date, par la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et notamment par la professeure Rosalyn Higgins, dès 1963¹³⁴, la Cour de La Haye relève, à l'appui, que le processus de décolonisation s'est accéléré en 1960, année au cours de

¹³³ Affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 1996 (I)*, p. 254-255, par. 70 (avis consultatif cité in Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 132, par. 151).

¹³⁴ R. HIGGINS, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, London, New York, Toronto, Oxford University Press, 1963, p. 100-101. Dans un important ouvrage publié en 1963, la professeure Rosalyn Higgins estimait en effet que la résolution 1514 (XV) « *exprimait les souhaits et convictions de l'ensemble des membres des Nations Unies* » et que, par voie de conséquence, le droit à la libre détermination des peuples coloniaux était, dès le 14 décembre 1960, « *un droit légal* » au plan international et, plus encore, un droit « *applicable sur-le-champ* ». Dans un sens quasiment identique, consulter notamment P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 357 : « *La célèbre Déclaration relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale de l'ONU du 14 décembre 1960) a joué le rôle d'un puissant catalyseur dans la formation du droit à la décolonisation (et de la décolonisation). Toutefois, il n'a pu en être ainsi que parce que cette résolution a été précédée et suivie par une pratique abondante conforme aux règles qu'elle énonce* ».

laquelle 18 territoires non autonomes ou assimilés ont pu devenir des États indépendants, et que, tout au long des années 1960, ce sont les peuples d'une trentaine d'autres pays coloniaux qui exerceront, eux aussi, leur droit de libre détermination et accéderont à la pleine souveraineté. Pour la Haute Juridiction, il ne fait dès lors aucun doute que la résolution 1514 (XV) a constitué la base juridique irréfragable du processus de décolonisation de la plupart des territoires coloniaux au cours de la seconde moitié du XXe siècle. Est-il besoin de préciser, dans ce contexte évolutif, que sa mise en œuvre a profondément transformé la carte politique de la société internationale en mettant fin, en quelques années et sans exception, à tous les empires coloniaux, grands ou petits (qu'ils soient belge, britannique, espagnol, français, néerlandais ou portugais), et en suscitant, par ricochet, la création d'un très grand nombre d'États indépendants, tous aujourd'hui membres officiels des Nations Unies ?

Pour l'ensemble des juristes internationalistes qui ont eu l'opportunité de disserter sur les règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation, comme pour les magistrats qui siègent au sein du prestigieux aréopage du palais de la Paix, il est évident qu'il existe une étroite corrélation entre le vote unanime par l'Assemblée générale de l'historique et bienvenue résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 « *et le processus de décolonisation qui a suivi son adoption* »¹³⁵. Affiné par la *Charte de la décolonisation*, puis confirmé par les résolutions ultérieures de l'Assemblée générale et les décisions concordantes des juridictions internationales, arbitrales ou judiciaires, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – un droit impératif, général et immuable – est désormais reconnu par la Cour de La Haye, dans son arrêt du 30 juin 1995 relatif à l'affaire de *Timor oriental*, comme « *un des principes essentiels du droit international contemporain* »¹³⁶, au même titre que le principe majeur du règlement des différends entre États souverains par des moyens exclusivement pacifiques.

2. Au regard du droit international, un référendum de libre détermination des peuples n'est pas une procédure obligatoire pour la décolonisation d'un « territoire non autonome »

Ainsi établi par l'Assemblée générale des Nations Unies, le processus coutumier de formation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes nous conduit à rappeler la première question juridique qui est posée dans la deuxième partie de

¹³⁵ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec.* 2019, p. 132, par. 150.

¹³⁶ Selon une jurisprudence désormais constante depuis l'arrêt de principe rendu le 30 juin 1995 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Timor Oriental*, le droit des peuples des territoires non autonomes ou assimilés à l'autodétermination engendre des obligations « *erga omnes* » qui, par définition, s'imposent sans exception à tous les sujets de la Communauté internationale. Affaire du *Timor oriental* (Portugal c/ Australie), arrêt, CIJ, *Rec.* 1995, p. 102, par. 29.

la présente étude. Inscrit dans l'article 2 de la résolution 1514 (XV), le droit à l'autodétermination des populations des territoires non autonomes a-t-il été violé par la France lorsque cette puissance administrante a fait voter par son Assemblée nationale constituante la loi de départementalisation du 19 mars 1946, au motif que les Réunionnais n'ont pas été en mesure de se prononcer par la voie référendaire à l'occasion d'une réforme statutaire considérée, par certains, comme très importante ? À dire vrai et contrairement aux assertions des mouvements indépendantistes des « quatre vieilles » et notamment de la formation séparatiste aujourd'hui incarnée à La Réunion par le LPLP, la réponse à cette importante interrogation ne peut être que négative pour deux raisons.

La première raison avancée n'est pas négligeable. Certes, c'est une réalité qu'il convient, dès l'abord, d'indiquer. La résolution 1514 (XV) ne peut créer des droits et des obligations que pour l'avenir. Conformément à un principe général de droit établi de très longue date et valable dans l'ordre juridique international comme dans les ordres juridiques internes, cette résolution n'a pas d'effets rétroactifs. Elle n'est donc pas applicable à La Réunion, à une époque où cette île est censée déjà avoir été décolonisée par l'action conjuguée de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 et de la Constitution du 27 octobre 1946. Ainsi, le droit de libre détermination des pays colonisés – tel qu'il est consacré par la *Charte de la décolonisation* – ne s'impose pas à la France avant le 14 décembre 1960.

Cependant, une précision de taille apparaît aussitôt nécessaire et mérite, à ce titre, d'être connue. Si le droit de libre détermination pour les territoires non autonomes ou assimilés qui est cristallisé et sacralisé par la mémorable résolution 1514 (XV) n'est pas obligatoire pour la France avant le 14 décembre 1960, il n'est pas pour autant interdit et, encore moins, condamnable ou illicite. En voici au besoin la démonstration sur la base d'une savante et convaincante interprétation *lato sensu* de la Charte des Nations Unies effectuée, une nouvelle fois, par les juges de la Cour internationale de Justice dans leur incontournable avis consultatif rendu le 25 février 2019, en l'affaire des *Chagos*.

Sans aucun doute, c'est bien une majorité anticolonialiste au sein de l'Organisation mondiale qui a été amenée à affiner, de manière progressive, les instruments juridiques permettant de légitimer l'émancipation des peuples coloniaux ou assimilés. Néanmoins, pour être au plus près de la vérité, il faut observer que l'émancipation en question était déjà esquissée, dès l'origine, non seulement dans les articles 1 et 55 susmentionnés de la Charte du 26 juin 1945, mais, plus encore, dans son chapitre XI qui contient une édifiante *Déclaration relative aux territoires non autonomes*. Certes, les mots les plus suggestifs, les termes les plus forts ou libérateurs tels que « *décolonisation* », « *indépendance* » ou « *souveraineté* », n'y sont pas prononcés. C'est un fait qu'il convient, au préalable, de souligner.

Néanmoins, par scrupule et acquit de conscience, il convient de se donner la peine de lire attentivement toutes les dispositions claires et pertinentes qui sont contenues dans ce précieux chapitre XI. N'est-il pas en effet indiqué dans son article 73 que les États membres des Nations Unies « *qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes* » sont instamment invités, dès que possible, à « *développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes* » et, plus encore, à « *tenir compte* » de leurs légitimes et profondes « *aspirations politiques* »¹³⁷ ? Pour les juges qui siègent à la Cour de La Haye et qui s'expriment toujours sur cette question à la quasi-unanimité dans l'affaire des *Chagos*, il ne fait aucun doute que cette très explicite rédaction impliquait déjà une orientation ciblée en vue d'une éradication graduelle et inéluctable du colonialisme sous toutes ses formes et dans les diverses régions du monde :

« *Le régime juridique des territoires non autonomes, prévu au chapitre XI de la Charte fondatrice, reposait sur le développement progressif de leurs institutions de manière à conduire les populations concernées à exercer leur droit à l'autodétermination* »¹³⁸.

En rappelant au besoin que la Charte de San Francisco a fait du « *respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* » l'une des priorités des Nations Unies, il convient de retenir avec le tribunal international du palais de la Paix l'idée maîtresse selon laquelle la Charte créatrice de l'Organisation mondiale comporte ainsi, dès le 24 octobre 1945 – le jour de son entrée en vigueur – des dispositions permettant aux populations des territoires non autonomes de faire connaître aux puissances administrantes leurs légitimes et profondes « *aspirations politiques* ». Or, c'est bien pour répondre aux louables et pressantes doléances de leurs élus que la France a décidé très tôt – en fait dès 1946 – de subordonner le changement de statut pour les colonies de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion au droit de libre détermination des peuples. Pour ce faire, elle a eu recours à des élections législatives dans les « quatre vieilles ».

Sur ce point précis, il est aussitôt possible d'enchaîner en invoquant une seconde raison qui est tout aussi probante que la précédente. Cette raison décisive tient au fait qu'une consultation référendaire des populations concernées n'est pas et n'a jamais été une procédure impérative pour fixer le destin de la population d'un « territoire non autonome » ou assimilé et il en est ainsi : avant comme après l'adoption de la résolution 1514 (XV). Pour étayer cette démonstration qui doit nous permettre de contrecarrer les critiques émises à La Réunion par les dirigeants

¹³⁷ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 15.

¹³⁸ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec.* 2019, p. 131, par. 147.

et militants indépendantistes du LPLP, on doit se référer, derechef, à la jurisprudence bien assise de la Cour internationale de Justice. La preuve qu'un référendum n'est pas systématiquement obligatoire pour permettre à une population d'un territoire colonial d'accéder éventuellement à l'indépendance apparaît notamment à la lecture d'un avis consultatif rendu en 1975 par la Haute Juridiction, à propos du *Sahara occidental*.

Dans cette affaire, la Cour de La Haye commence d'emblée par observer que le droit de libre détermination des populations des territoires coloniaux laisse à l'Assemblée générale des Nations Unies – l'organe compétent à titre principal en matière de décolonisation – « *une certaine latitude quant aux formes et aux procédés selon lesquels ce droit doit être mis en œuvre* »¹³⁹. La Cour en déduit que le droit international de la décolonisation – un droit d'origine coutumière et donc, par définition, un droit malléable – n'impose pas, dans tous les cas, un recours inévitable au référendum de libre détermination. Il n'implique nullement une procédure uniforme ou un mécanisme inflexible ou rigide pour sa mise en œuvre. Voici son sentiment, exposé dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 :

*« La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que, dans certains cas, l'Assemblée générale n'a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s'expliquent soit par la considération qu'une certaine population ne constituait pas un « peuple » pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales »*¹⁴⁰.

Certes, l'exercice du droit de libre détermination par le peuple d'un territoire colonial peut impliquer le recours à un référendum d'autodétermination et c'est – malgré le très mauvais exemple que nous constaterons lors de l'accession à l'indépendance de l'archipel des Comores en 1975¹⁴¹ – le cas le plus fréquent et généralement le moins controversable. Néanmoins, s'il se produit souvent, il n'est pas pour autant inéluctable. L'exercice du droit d'autodétermination peut très bien aussi consister en une consultation populaire indirecte se traduisant, de façon concrète, par l'élection d'une assemblée représentative locale apte à définir le futur statut politique et administratif du territoire colonial et compétente, en dernier ressort, pour se prononcer sur son éventuelle accession à l'indépendance.

¹³⁹ Affaire du *Sahara occidental*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 1975*, p. 36, par. 71 (avis consultatif cité in Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 134, par. 157).

¹⁴⁰ Affaire du *Sahara occidental*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 1975*, p. 33, par. 59 (avis consultatif cité in Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 134, par. 158).

¹⁴¹ Voir *infra*.

Pour démentir de façon catégorique la thèse soutenue à La Réunion par les responsables indépendantistes du LPLP, une thèse selon laquelle une consultation populaire directe s'impose de manière systématique pour légitimer un changement institutionnel fondamental dans un « *territoire non autonome* » ou assimilé, on peut procéder par comparaison en mentionnant, en guise de preuve irréfutable, un exemple convaincant parmi d'autres et, de surcroît, postérieur au vote de la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960. Cet exemple est d'autant plus probant qu'il concerne l'« île sœur » de La Réunion, dans l'archipel des Mascareignes : à savoir l'ancienne « Isle de France », aujourd'hui connue sous le toponyme de Maurice. Au plan formel, le processus de la décolonisation de cette île qui a été engagé en 1967 est, en tous points, analogue à celui qui a été mis en œuvre à La Réunion au cours de l'année 1946 : c'est-à-dire sans recours à un référendum préalable. Ce n'est nullement en effet au moyen d'une consultation référendaire d'autodétermination, mais à la suite d'élections législatives générales qui eurent lieu sur le territoire mauricien en 1967 qu'une large majorité de parlementaires s'est prononcée pour une accession à la souveraineté immédiate de la colonie britannique de Maurice.

Pourtant, à l'origine, le Royaume-Uni n'avait pas exclu le recours au référendum pour savoir si les Mauriciens souhaitaient ou non opter pour l'indépendance. Mais voulant, pour sa part, obtenir une accession rapide de l'île Maurice à la souveraineté, alors même que plusieurs sondages d'opinions se prononçaient en 1965 en faveur du *statu quo* institutionnel, le Premier ministre de la colonie, sir Seewoosagur Ramgoolam, proposa aux Britanniques un vil marchandage politique : la cession de l'archipel des Chagos – un archipel où sera construite, par la suite, la grande base militaire américaine sur l'atoll de Diego Garcia¹⁴² – en échange d'une indépendance immédiate de la colonie de Maurice et sans recours à un référendum de libre détermination, jugé à l'époque pour le moins hasardeux¹⁴³.

Leader d'une opposition incarnée, essentiellement à l'époque, par le Parti mauricien social et démocrate (PMSD) et adversaire résolu de l'accession à l'indépendance de l'île Maurice, sir Gaëtan Duval assure que c'est en échange de l'abandon des droits de souveraineté de Maurice sur les îles Chagos que le

¹⁴² Bien qu'il s'agisse d'un îlot à la superficie tout à fait dérisoire (environ 40 km², lagon intérieur inclus), le journaliste et politologue Philippe Leymarie n'a pas hésité à présenter Diego Garcia – la composante principale de l'archipel des Chagos – comme un « *atoll miraculeux* » afin de souligner, par cette expression-choc, tout son intérêt au double plan politique et stratégique pour les États-Unis. PH. LEYMARIE, *Océan Indien. Le nouveau cœur du monde*, Paris, Khartala, 1981, p. 256.

¹⁴³ A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle anglo-mauricienne sur l'archipel des Chagos (La succession d'États sur les îles stratégiques de Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon, ancrées au cœur du bassin central de l'océan Indien) », *RJOI*, 2013, n° 17, p. 25-86 et notamment, p. 30-32.

Royaume-Uni aurait renoncé à organiser un référendum sur les modalités de l'accession à l'indépendance de cette colonie de la Couronne, c'est-à-dire une consultation populaire directe que sir Seewoosagur Ramgoolam craignait de perdre, en 1965. Onze ans après la survenance de ces événements majeurs, voici en 1976 le point de vue de sir Gaëtan Duval dans cette ténébreuse affaire :

« Cette question du référendum fut... combattue par le Parti Travailliste qui trouvait 'rétrograde' la suggestion du Parti Mauricien, sachant... que si la question était enlevée du contexte communaliste, la population se prononcerait en faveur de la thèse du PMSD plutôt que de se lancer dans l'aventure de l'Indépendance. Les Anglais... faisaient semblant de pencher pour la thèse du PMSD et on pouvait espérer, à un certain moment, que cette proposition était acceptée. C'est alors que Diego Garcia vint sur le tapis. Le Premier Ministre... nous fit part de l'invitation du Gouvernement Anglais à discuter, en marge des discussions constitutionnelles, la cession de Diego Garcia à la Grande-Bretagne... Nous refusâmes la proposition... Je suis, en mon âme et conscience, convaincu que c'est au cours de ces discussions que le Dr Ramgoolam posa une question préalable aux Anglais : soit ils refusaient le référendum, ou Ramgoolam refusait de négocier la vente de Diego Garcia. Les Anglais acceptèrent le 'truce' et firent soudain volte-face..., disant qu'il n'était pas d'usage, dans le Commonwealth, de régler un problème politique par voie de référendum..., (l'atoll de) Diego Garcia fut donc cédé aux Anglais pour que le peuple mauricien ne puisse se prononcer sur l'Indépendance. D'un côté, Ramgoolam cédait Diego Garcia, de l'autre, les Anglais refusaient le référendum »¹⁴⁴.

C'est donc à la suite de tractations politiques que l'on peut qualifier de sordides, des tractations faites notamment au détriment des intérêts fondamentaux de la communauté chagossienne, qu'il n'y a pas eu de consultation référendaire d'autodétermination à l'île Maurice à la veille de son accession à l'indépendance. De fait, ce sont des élections législatives générales, programmées le 7 août 1967, qui ont eu pour objectif de fixer un nouveau destin pour les Mauriciens, en conformité avec les décisions anglo-mauriciennes prises à Londres et plus précisément à *Lancaster House*, le 23 septembre 1965. Ces élections donnent la victoire à Sir Seewoosagur Ramgoolam et au Parti de l'Indépendance (PI) qui est en fait une coalition ouvertement décolonisatrice, constituée par trois formations politiques : le Comité d'action musulman (CAM), l'*Independent forward bloc* (IFB) et le Parti travailliste (PT). Cette coalition tripartite obtient 56 % des

¹⁴⁴ G. DUVAL, *Une certaine idée de l'île Maurice*, Port-Louis (Maurice), Imprimerie Petite Ourse, 1976, p. 90-93.

suffrages exprimés et 39 sièges au sein de l'Assemblée législative mauricienne contre 44 % des voix et 23 sièges au PMSD, un parti alors hostile à l'indépendance.

À partir de ces résultats, « *alea jacta est* » (le sort en est jeté). Dès le 22 août 1967, le Parlement monocaméral de Port-Louis adopte une motion solennelle qui réclame une accession de la colonie de Maurice à la pleine souveraineté et ce, dans les plus brefs délais. Ainsi, au lendemain du vote historique des députés mauriciens, l'ancienne « Isle de France » a pu proclamer, dès le mardi 12 mars 1968, son indépendance conformément aux règles coutumières du droit international de la décolonisation et se doter d'une nouvelle Charte constitutionnelle, entrée en vigueur le même jour¹⁴⁵.

Pour corroborer la thèse selon laquelle le recours au référendum n'est pas obligatoire pour permettre l'émancipation d'un « *territoire non autonome* », conformément au droit international de la décolonisation, il convient toujours de se reporter à l'avis consultatif rendu le 25 février 2019, en l'affaire des *Chagos*. En l'espèce, la Cour internationale de Justice n'a rien trouvé à redire au sujet du processus de décolonisation de l'île Maurice mis en œuvre par le Royaume-Uni et, par suite, sur son mode d'accession spécifique à la souveraineté intervenue le 12 mars 1968, c'est-à-dire sans consultation référendaire préalable du peuple mauricien. La Cour de La Haye s'est contentée de constater cette accession à l'indépendance, sans jamais à aucun moment la remettre en cause¹⁴⁶. C'est dire, *a contrario*, que le recours à un référendum de libre détermination pour la population concernée n'est pas, pour la Cour, une procédure inéluctable ou impérative. Par contre, la Haute Juridiction n'a pas hésité à condamner très sévèrement, dans cette affaire, le Royaume-Uni pour avoir détaché, par un décret-loi du 8 novembre 1965, l'ensemble des îles de l'archipel des Chagos de la colonie de Maurice avant son accession à la souveraineté, en violation caractérisée du principe coutumier de l'intangibilité des frontières issues de la colonisation, codifié par l'article 6 de l'inévitable résolution 1514 (XV)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ M. MEETARBHAN, « L'évolution de la Constitution mauricienne depuis 1968 », *APOI*, 1995-1996, volume XIV, p. 23-40.

¹⁴⁶ Sans émettre la moindre appréciation critique ou réserve, les membres unanimes de la Cour internationale de Justice se contentent en effet de constater, dans leur avis consultatif du 25 février 2019, que « *Maurice accéda à l'indépendance le 12 mars 1968 et fut admise comme Membre de l'Organisation des Nations Unies le 26 avril 1968* » (Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec.* 2019, p. 109, par. 42). Dans un souci de vérité, il faut toutefois indiquer que son admission officielle au sein de l'Organisation mondiale a eu lieu non pas à la date du 26 avril mais deux jours plus tôt : dès le 24 avril 1968.

¹⁴⁷ A. ORAISON, « Radioscopie critique du décret-loi britannique du 8 novembre 1965. Analyse de l'avis consultatif rendu le 25 février 2019 par la Cour internationale de Justice à propos du détachement illicite de l'archipel des Chagos de la colonie britannique de Maurice à la veille de son accession à l'indépendance », *RJOI*, 2020, n° 28, p. 287-381.

À l'issue de cet examen explicatif, une double remarque s'impose au plan procédural, en guise de conclusion partielle. D'abord, il faut reconnaître avec les juristes internationalistes et notamment avec les professeurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet que les « *modalités d'exercice du droit à la décolonisation* » établies dans le cadre des Nations Unies pour les peuples dépendants sont « *peu exigeantes en ce qui concerne la manière dont la consultation a été effectuée : référendum, vote d'une assemblée représentative, accord des représentants d'un mouvement de libération nationale, voire même sondage* »¹⁴⁸. Sur un plan encore plus général, c'est aussi reconnaître avec la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et la jurisprudence concordante des tribunaux internationaux, arbitraux ou judiciaires, que le droit international de la décolonisation n'est pas foncièrement un droit corseté ou formaliste à souhait, comme on a parfois trop tendance à le croire.

Par suite et contrairement à la thèse soutenue par les partis indépendantistes de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, le recours à un référendum d'autodétermination n'était donc – en aucune façon – obligatoire au plan juridique pour permettre aux populations des « quatre vieilles » de mettre en œuvre un processus régulier de décolonisation, au lendemain du Second Conflit mondial. Le recours à une consultation référendaire n'était pas incontournable pour permettre à chacune d'entre elles de troquer son statut discriminatoire de « territoire colonial » pour celui de « département français », un statut jugé égalitariste au plan formel. Revendiqué de très longue date, cet objectif a été mis en œuvre de manière licite au regard du droit international public positif, au cours de l'année 1946, par les décisions complémentaires de la première et de la seconde Assemblée nationale constituante et – faut-il le rappeler ? – à l'initiative exclusive des députés ultramarins, tous de surcroît régulièrement élus lors des élections législatives générales des 21 octobre 1945 et 2 juin 1946.

3. En application de la Constitution de la V^e République, le référendum est désormais obligatoire depuis 1975 pour légitimer une accession à l'indépendance d'un territoire ultramarin

Bien que l'île de La Réunion ait été décolonisée, en droit ou au plan formel, par l'action conjuguée de l'article 1^{er} de la loi de départementalisation du 19 mars 1946 et de l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946, les responsables et militants sécessionnistes réunionnais ont toujours la possibilité de prôner la voie institutionnelle qui leur paraît la plus appropriée pour leurs concitoyens. Ils peuvent évidemment contester le bien-fondé de l'existence de la région monodépartementale de La Réunion, instituée par la loi du 31 décembre 1982, et

¹⁴⁸ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 580 et 581.

son statut de région ultrapériphérique (RUP) de l'Union européenne¹⁴⁹. À la limite, les stratégies du LPLP peuvent opter, s'ils le souhaitent, pour la solution la plus radicale en matière d'émancipation ou de décolonisation qui est évidemment, à leurs yeux, celle d'une accession de La Réunion à la pleine indépendance. En vérité, cette totale liberté de choix qui leur est reconnue est une règle traditionnelle profondément enracinée dans un pays démocratique comme la France : un pays qui entend demeurer, envers et contre tout, un État de droit.

Pour ce qui est du futur, on peut donc raisonnablement rassurer les leaders et membres du LPLP qui militent à La Réunion pour renverser ce qu'ils appellent « le système colonial français ». En vérité, on peut les rassurer à un double titre. D'abord, voici un utile rappel. Bien que La Réunion ait déjà été décolonisée en droit, au cours de l'année 1946, par son intégration à l'ancienne puissance administrante, la solution extrême de l'accession à la pleine souveraineté qui est revendiquée depuis 2008 par le LPLP demeure, au plan juridique, toujours possible. À ce sujet, il n'y a aucun doute. Mais une telle solution ne pourrait être obtenue qu'à la suite d'un scrutin de libre détermination des Réunionnais, un scrutin qui est désormais absolument indispensable. L'approbation directe et préalable des électeurs de la collectivité territoriale ultramarine concernée est en effet requise par la Constitution du 4 octobre 1958 en vertu de son article 53, ainsi rédigé dans son alinéa 3 : « *Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* ».

Quelque peu énigmatique, occulte ou sibylline au premier abord, la formulation de cet article a toutefois été judicieusement expertisée et, de surcroît, clarifiée *lato sensu* par les juges du Conseil constitutionnel. Après une étude approfondie de la compatibilité de la loi « *relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores* » au regard de l'article 53 de la norme suprême de la Ve République, la plus haute instance juridictionnelle de la France a en effet confirmé, dans sa décision *Autodétermination des Comores* du 30 décembre 1975, la constitutionnalité de la pratique de la sécession d'un territoire français, qu'il soit métropolitain ou ultramarin, dans les termes suivants :

« *Considérant que les dispositions de cet article doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché* »¹⁵⁰.

¹⁴⁹ J. C. HOARAU, « La départementalisation rime avec aliénation », *Lo Réunioné, Lo Journal ki défann azot !*, mars-avril 2006, n° 15, p. 3.

¹⁵⁰ Décision n° 75-59 DC rendue le 30 décembre 1975 par le Conseil constitutionnel, à propos de la *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores*, *JORF*, 3 janvier 1976, p. 182-183 et notamment p. 183. Se reporter également au commentaire du

Ainsi, la sécession d'un territoire français – et plus exactement, en l'espèce, celle d'un territoire géographiquement situé outre-mer – est-elle juridiquement possible dans le cadre de la présente Constitution, sous réserve désormais d'un référendum préalable de la population concernée. À ce titre, la décision prise par les Sages de la rue de Montpensier a été bien accueillie par les spécialistes du droit constitutionnel et il paraît souhaitable que la procédure référendaire soit toujours mise en œuvre après un large et loyal débat démocratique afin d'éviter, par la suite, toutes formes de contestation¹⁵¹.

Cependant, un tel recours préalable à la consultation référendaire des populations d'outre-mer n'a pas toujours été une opération menée à bien par la France. Dans les eaux septentrionales du canal de Mozambique, on peut en effet mentionner un cas de « décolonisation imparfaite » qui fait suite à un référendum d'autodétermination organisé le 22 décembre 1974 dans l'archipel des Comores. Ce cas va avoir – nous allons le constater – une incidence plutôt malencontreuse sur la liste des collectivités territoriales ultramarines qui sont actuellement régies par l'article 73 de la Loi fondamentale de la V^e République et soumises, par voie de conséquence, au principe constitutionnel d'identité législative.

Envisagée sous l'angle de la décolonisation en droit international public positif, la solution qui a été retenue par le Gouvernement français dans le cas précis des « îles de la Lune » a été, à juste titre, très sérieusement contestée par certains juristes internationalistes¹⁵². Il en est ainsi, dans la mesure où les résultats de la consultation populaire directe organisée dans ce petit territoire d'outre-mer n'ont pas été appréciés « globalement » par la puissance administrante comme l'exige pourtant, de manière péremptoire, la règle coutumière de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation qui est également connue sous le nom de principe de l'*uti possidetis juris*, un principe par ailleurs très ancien qui a été immanquablement codifié, le 14 décembre 1960, par l'article 6 de la résolution 1514 (XV).

Avec la doctrine des publicistes les plus qualifiés et notamment avec les professeurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, il convient de préciser que ce principe politique de délimitation « *consiste à fixer la frontière en*

professeur Louis Favoreu, rédigé sous la décision rendue par les magistrats de la rue de Montpensier le 30 décembre 1975, in « Chronique constitutionnelle française », *RDP*, 1976, n° 2, p. 557-575.

¹⁵¹ Voir *supra* notre point de vue sur le processus de départementalisation de la Guadeloupe qui avait été fortement contesté en 1946 par Paul Valentino, son député socialiste, dans le cadre de la première Assemblée nationale constituante.

¹⁵² A. ORAISON, « Nouvelles réflexions sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du « cas mahorais » (Les problèmes juridiques et politiques posés à Mayotte sur le plan interne et au niveau international après le vote de la loi organique du 21 février 2007) », *RJOI*, 2009, n° 9, p. 121-192.

fonction des anciennes limites administratives internes à un État préexistant dont les nouveaux États accédant à l'indépendance sont issus »¹⁵³. Applicable à l'origine sur le seul continent latino-américain, le principe de l'*uti possidetis juris* a permis de réaliser, à partir de 1810 et tout au long du XIXe siècle, l'émancipation de toutes les colonies espagnoles de l'Amérique latine dans le cadre strict des circonscriptions administratives créées, dans ces vastes contrées du Nouveau Monde, par la volonté d'une seule puissance coloniale. Sa mise en œuvre impliquait plus précisément une transformation automatique des limites provinciales tracées par le royaume d'Espagne en frontières internationales au profit d'une pluralité d'États nouvellement indépendants hispano-américains. Comme la Cour de La Haye a eu l'occasion de l'indiquer dans son arrêt transactionnel rendu le 22 décembre 1986, par le truchement de sa Chambre *ad hoc* constituée dans l'affaire du *Différend frontalier*, une affaire ayant opposé les républiques du Burkina Faso et du Mali : « *Le principe de l'uti possidetis... constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste* »¹⁵⁴. Présidée par le juge algérien Mohammed Bedjaoui, la Chambre *ad hoc* a aussitôt tenu à préciser son point de vue dans les termes suivants :

« *Par le fait de son accession à l'indépendance, le nouvel État accède à la souveraineté avec l'assiette et les limites territoriales qui lui sont laissées par l'État colonisateur. Il s'agit là du fonctionnement normal des mécanismes de la succession d'États* »¹⁵⁵.

Dans la seconde moitié du XXe siècle, le « *principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation* » – pour reprendre la terminologie officielle des juges du palais de la Paix – est devenu un principe de droit international coutumier à portée universelle qui a animé les mouvements de décolonisation dans toutes les régions du monde. Aussi, la règle qui interdit tout démembrement d'un « *territoire non autonome* » avant son accession à l'indépendance a-t-elle été codifiée par l'Assemblée générale des Nations Unies, dès le 14 décembre 1960, dans l'article 4 de la résolution 1514 (XV) – un article selon lequel s'impose, dans l'intérêt bien compris des « *peuples dépendants* » ou colonisés, le respect de « *l'intégrité de leur territoire national* » – et, plus encore, dans son article 6, ainsi rédigé : « *Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies* »¹⁵⁶.

¹⁵³ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 520. Voir également M. N. SHAW, « *The Heritage of States : The Principle of Uti Possidetis Juris Today* », *BYBIL*, 1996, p. 75-154.

¹⁵⁴ Affaire du *Différend frontalier* (Burkina Faso/Mali), arrêt, CIJ, *Rec. 1986*, p. 565, par. 20.

¹⁵⁵ Affaire du *Différend frontalier préc.*, arrêt, CIJ, *Rec. 1986*, p. 568, par. 30.

¹⁵⁶ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 68.

Or, après avoir constaté que les Mahorais avaient voté en faveur du maintien de leur territoire au sein de la République française, contrairement aux populations des trois autres îles de l'archipel des Comores qui s'étaient prononcées en faveur de l'accession à l'indépendance¹⁵⁷, la France a décidé d'apprécier les résultats du scrutin d'autodétermination non plus « globalement », comme elle l'avait pourtant envisagé jusqu'à la veille de la consultation référendaire et comme elle aurait dû le faire, mais « île par île ». Autant dire qu'elle a choisi l'option de se maintenir à Mayotte au mépris du principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation. Ainsi, le recours au référendum n'est pas toujours une procédure satisfaisante pour permettre à un peuple colonisé de s'émanciper dans le respect des règles du droit international de la décolonisation et notamment dans le respect scrupuleux de l'intégrité de ses frontières, des frontières parfois établies par une seule puissance coloniale. Il peut être dévoyé comme il le fut, en 1975, dans l'affaire de l'accession à l'indépendance des îles Comores.

Dans son avis consultatif du 25 février 2019, rendu en l'affaire des *Chagos*, la Cour de La Haye n'a pas manqué de faire une allusion à ce dévoiement lorsqu'elle mentionne des résolutions adoptées à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies et dans lesquelles il apparaît évident que la règle de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation n'a pas été respectée par la France, en sa qualité de puissance administrante. À l'appui, elle cite notamment les résolutions 3161 (XXVIII) du 14 décembre 1973 et 3291 (XXIX) du 13 décembre 1974, intitulées « *Question de l'archipel des Comores* », concernant l'île de Mayotte et votées sans aucune opposition des États participants¹⁵⁸. C'est dire que la Cour condamne, elle aussi, le maintien de Mayotte au sein de la République française. Cette condamnation est justifiée dans la mesure où l'interprétation par la France des résultats du référendum d'autodétermination, organisé le 22 décembre 1974 aux Comores, a été faite dans un sens qui contrevient à la règle coutumière la plus ancienne du droit international de la décolonisation.

¹⁵⁷ Le 22 décembre 1974, les habitants des « îles de la Lune » répondent à la question ainsi posée : « Souhaitez-vous que le territoire des Comores soit indépendant ? » La consultation populaire directe connaît une très forte participation. Globalement, l'indépendance est acceptée par 94,56 % des suffrages exprimés dans l'ensemble de l'archipel contre 5,44 %. Comme on pouvait le prévoir, le décompte des voix « île par île » révèle que dans trois îles sur quatre – Anjouan, la Grande Comore et Mohéli – l'acceptation de l'indépendance avoisine les 100 % des votants. En revanche, les Mahorais se prononcent pour leur maintien au sein de la République française à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés (63,82 %). J.-C. GUILLEBAUD, « Le référendum sur l'indépendance des Comores », *Le Monde*, mardi 24 décembre 1974, p. 6.

¹⁵⁸ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 136, par. 168.

Précisons enfin qu'après le dernier référendum organisé le 29 mars 2009 – un référendum déclaré lui aussi illicite par les Nations Unies¹⁵⁹ – et le vote de la loi du 7 décembre 2010, Mayotte a, depuis le jeudi 31 mars 2011, le statut de collectivité territoriale unique (CTU) qui est « régie par l'article 73 de la Constitution » et « exerce les compétences dévolues aux départements d'outre-mer et aux régions d'outre-mer »¹⁶⁰. Suite à cette analyse critique, un procès-verbal plutôt inattendu s'impose. Force est de constater que, parmi les cinq collectivités territoriales actuellement régies par le principe constitutionnel d'identité législative, en application de l'article 73 de la norme suprême du 4 octobre 1958, il y a en quelque sorte une « brebis galeuse », un « mouton noir » ou un « vilain petit canard ».

Il faut en effet établir le départ entre quatre de ces collectivités territoriales d'outre-mer qui ont été émancipées, dès 1946, en parfaite conformité avec les règles coutumières du droit international de la décolonisation – nommément la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion – et Mayotte qui a été maintenue, en 1975, au sein de la puissance administrante en méconnaissance du « *principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation* » et ce, malgré les nombreuses et énergiques protestations émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies, toutes adoptées entre 1976 et 1994 à de très larges

¹⁵⁹ Dans une très importante résolution 31/4, intitulée « *Question de l'île comorienne de Mayotte* » et adoptée le 21 octobre 1976 par 102 voix contre une (celle de la France) et 28 abstentions, l'Assemblée générale des Nations Unies « *condamne les référendums du 8 février et du 11 avril 1976 organisés dans l'île comorienne de Mayotte par le Gouvernement français et les considère comme nuls et non avenue* ». Par avance, elle décide également de rejeter « *toute autre forme de référendums ou consultations qui pourraient être organisés ultérieurement en territoire comorien de Mayotte par la France* ». À l'évidence, il s'agit là d'une ferme condamnation, par anticipation, de la consultation référendaire organisée le 29 mars 2009 par le Gouvernement de Paris dans « l'île comorienne de Mayotte ». Voir <https://undocs.org/fr/A/RES/31/4>.

¹⁶⁰ Voici des précisions sur le processus qui a conduit à conférer à Mayotte son statut illicite de « département ». Lors du référendum organisé le 29 mars 2009 sur la base de l'article 72-4 de la Constitution, les Mahorais avaient le choix entre le statut de COM, octroyé par la loi organique (LO) du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, et le statut de DOM, revendiqué depuis le 2 novembre 1958. Comme on pouvait s'y attendre, ils ont approuvé en très grand nombre (par 95,24 % des votants) la création d'une nouvelle collectivité territoriale, dénommée « Département de Mayotte ». Suite à ce référendum et en vertu de l'article 63 de la LO n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte (*JORF*, 6 août 2009, p. 13095-13111), complétée par la LO n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte (*JORF*, 8 décembre 2010, p. 21458-21459) et la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte (*JORF*, 8 décembre 2010, p. 21459-21467), Mayotte a, depuis le 31 mars 2011, le statut de collectivité unique « régie par l'article 73 de la Constitution ». O. BUSSON, « Mayotte, 101^e département français : un modèle pour une République renouvelée », *RDP*, 2010, n° 3, p. 711-728 ; O. GOHIN, « Mayotte en droit constitutionnel français », *RJOI*, 2013, n° 17, p. 7-24.

majorités¹⁶¹. Dans la mesure où ce principe fondamental du droit international de la décolonisation a une primauté sur le principe constitutionnel de l'identité normative, « l'île comorienne de Mayotte » n'a pas sa place dans la République française. N'ayant pas été régulièrement décolonisé, ce territoire n'a, par suite, aucunement vocation à être régi par le principe d'assimilation. Autant dire, pour être encore plus précis dans la présente étude, que le principe constitutionnel de l'identité législative – un principe consacré par l'article 73 de la norme suprême de la V^e République – ne saurait, en aucun cas, être considéré comme le critère de la décolonisation de l'île de Mayotte.

Ceci dit et afin de rassurer pour l'avenir les séparatistes réunionnais, il faut établir un constat. Le plus souvent, les référendums de libre détermination se déroulent dans des conditions qui sont régulières et ne soulèvent pas de controverses majeures. Pour preuve, en voici des illustrations récentes et, dans deux cas sur trois, des illustrations irréfutables dans un archipel stratégique du Pacifique Sud : la Nouvelle-Calédonie, régie en exclusivité par le titre XIII de la Constitution et dotée d'un statut *sui generis*. On peut en effet se référer aux référendums d'autodétermination récemment organisés en Nouvelle-Calédonie dans le respect du droit international de la décolonisation. Conformément à l'Accord de Nouméa conclu le 5 mai 1998 sous l'égide de Lionel Jospin, alors Premier ministre¹⁶², et signé par les représentants du peuple kanak, le peuple autochtone et sécessionniste, et par les porte-paroles des Caldoches ou Loyalistes, descendants pour la plupart d'immigrés européens, il a été prévu la possibilité de trois référendums successifs sur l'accession à l'indépendance de cet archipel.

La première consultation référendaire a été organisée le 4 novembre 2018. À la question ainsi posée : « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante ? », les électeurs ont répondu « non » à près de 56,70 % des suffrages exprimés, avec un taux élevé de participation d'environ 81 % des inscrits sur une liste électorale spéciale, établie selon des critères drastiques de résidence pour les non-Kanaks. Pour sa part, dans

¹⁶¹ Outre les deux résolutions 3161 (XXVIII) du 14 décembre 1973 et 3291 (XXIX) du 13 décembre 1974 adoptées à l'unanimité, expressément mentionnées par la Cour de La Haye et intitulées « *Question de l'archipel des Comores* », on peut en effet citer dix-huit autres résolutions votées par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la « *Question de l'île comorienne de Mayotte* » et qui s'échelonnent de 1976 (résolution 31/4 du 21 octobre 1976) à 1994 (résolution 49/18 du 28 novembre 1994). Toutes adoptées à de très larges majorités, ces résolutions condamnent sans équivoque la France pour non-respect continu du principe fondamental de l'intégrité territoriale de la République fédérale islamique des Comores, après avoir inmanquablement fait référence à la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960. M. MANOUVEL, « Politique et droit dans les résolutions de l'Assemblée générale. La question de l'île de Mayotte », *RGDIP*, 2005, n° 3, p. 646.

¹⁶² V. GOESEL-LE BIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, 1998, p. 24-75.

sa résolution adoptée le 10 décembre 2020, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu que ce référendum s'était déroulé dans des conditions satisfaisantes¹⁶³. Le professeur Dominique Turpin souligne que les perdants eux-mêmes – il s'agit des Kanaks – n'ont à aucun moment contesté sa régularité. Plus encore, il souligne que « *les indépendantistes se sont réjouis de cette défaite* », jugée plutôt prometteuse pour l'avenir, tandis que les partisans du maintien de la Nouvelle-Calédonie au sein de la République française – il s'agit ici des Caldoches – « *cachaiement mal leur déception devant cette victoire à la Pyrrhus* »¹⁶⁴.

Des observations positives et quasi identiques peuvent être émises à la suite de la deuxième consultation référendaire d'autodétermination qui a eu lieu en Nouvelle-Calédonie le 4 octobre 2020 et qui s'est traduit par une nouvelle victoire du « non » à l'accession à l'indépendance, toujours dans des conditions de parfaite régularité¹⁶⁵, mais avec toutefois un score moins important que lors du précédent référendum (quelque 53,30 % de « non » parmi les votants) et un taux de participation encore plus élevé qu'en 2018 puisqu'il a atteint près de 85,70 % des inscrits sur la liste électorale spéciale. Ces derniers pourcentages ont été de nature à encourager les séparatistes du Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS). De fait et toujours en application de l'Accord de Nouméa, ils ont exigé en toute logique, le 8 avril 2021, la tenue d'un troisième et dernier référendum de libre détermination.

Par anticipation, celui-ci a été fixé au 12 décembre 2021. À la suite de cet ultime référendum organisé sur le « Caillou », il faut noter une nouvelle victoire du « non » à l'indépendance, une victoire au demeurant massive (près de 96,50 % des voix parmi les suffrages exprimés). L'ampleur du résultat doit toutefois être relativisée par une participation en chute libre des électeurs (à peine 43,90 % des inscrits sur la liste électorale). Cette chute s'explique par le fait que le FLNKS a décidé de boycotter ce référendum en invoquant l'impossibilité d'organiser « une campagne équitable » à cause de l'épidémie de Covid-19 qui a fortement

¹⁶³ Dans sa résolution 75/115, adoptée le 10 décembre 2020 et intitulée « *Question de la Nouvelle-Calédonie* », l'Assemblée générale des Nations Unies a en effet tenu à souligner, à plusieurs reprises, que le premier référendum d'autodétermination organisé en Nouvelle-Calédonie par la puissance administrante « *s'est déroulé dans le calme le 4 novembre 2018* » et, plus encore, « conformément à l'Accord de Nouméa » (<https://undocs.org/fr/A/RES/75/115>).

¹⁶⁴ D. TURPIN, « La consultation relative à l'autodétermination et les élections provinciales en Nouvelle-Calédonie ou le droit constitutionnel revisité », *RDP*, 2019, n° 4, p. 1013-1045 et notamment p. 1014 ; É. CORNUT, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », *RDP*, 2019, n° 6, p. 1485-1526.

¹⁶⁵ Intitulée « Question de la Nouvelle-Calédonie » et adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2021, la résolution 76/98 a insisté sur « le déroulement pacifique » du référendum du 4 octobre 2020 (<https://undocs.org/fr/A/RES/76/98>).

endeuillé la population kanak¹⁶⁶. Regroupés au sein du Comité stratégique indépendantiste de non-participation, le FLNKS et ses alliés ont aussitôt fait savoir qu'ils refusaient de reconnaître « *la légitimité et la validité* » du scrutin du 12 décembre 2021. À la suite d'un référendum en apparence régulier dans la forme et qui marque la fin de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, sans donner satisfaction aux kanaks indépendantistes, c'est une courte période de 18 mois (13 décembre 2021-30 juin 2023) – une période inévitablement semée d'embuches – qui s'ouvre pour esquisser une nouvelle communauté de destin pour les Néo-Calédoniens et préparer un projet institutionnel pour la Nouvelle-Calédonie, un projet qui devra, lui aussi, être validé par une consultation référendaire.

Malgré le contexte spécifique, sujet à caution, dans lequel s'est déroulé le référendum du 12 décembre 2021, il n'en reste pas moins vrai qu'à l'instar des partis séparatistes comoriens et néo-calédoniens, les sécessionnistes réunionnais du LPLP peuvent aujourd'hui demander, sur le fondement de l'article 53, alinéa 3, de la Constitution, l'organisation d'un scrutin de libre détermination afin de savoir si les Réunionnais souhaitent, oui ou non, opter pour l'indépendance. Ce qui n'était ni évident ni surtout obligatoire en 1946, au moment de la décolonisation des « quatre vieilles » au plan juridique, ne fait désormais plus aucun doute depuis la décision de principe rendue le 30 décembre 1975 par le Conseil constitutionnel. À la suite de ces exemples comparatifs et en guise de conclusion partielle, une nouvelle réflexion, pour le moins surprenante, peut être formulée sans risque d'être démentie. En matière de décolonisation des territoires coloniaux, il apparaît aujourd'hui que le droit constitutionnel français de la Ve République est plus chicanier, ergoteur ou formaliste et, pour être encore plus précis, plus intransigeant que le droit international public établi par l'Assemblée générale des Nations Unies.

Mais de manière incidente, une autre question clef s'impose. La Réunion a-t-elle tous les moyens appropriés pour mener à bien un développement économique, social et culturel au sein d'un État pleinement souverain ? N'est-elle pas trop démunie pour prétendre accéder à l'indépendance et se passer de l'aide importante et pérenne de la République française et de l'Union européenne ? En vérité, il ne faut surtout pas se voiler la face. Le « scénario de rupture » qui est proposé par les séparatistes du LPLP¹⁶⁷ – un scénario qualifié ni plus ni moins de

¹⁶⁶ P. ROGER, « Nouvelle-Calédonie : le clivage de l'abstention. Le non à l'indépendance l'a emporté à 96,49 %, mais plus d'un électeur sur deux n'a pas voté au référendum », *Le Monde*, mardi 14 décembre 2021, p. 14.

¹⁶⁷ D. CHASSAGNE, « Cet homme est le chef de l'État réunionnais. Bernard Grondin a été élu par une poignée de militants indépendantistes et prépare son Gouvernement... », *Le JIR (Dimanche)*, dimanche 26 novembre 2017, p. 1.

« vrai scénario apocalyptique » par les partisans du *statu quo* institutionnel – ne fédère pas grand monde à La Réunion, en ce début de XXI^e siècle¹⁶⁸.

D'après les sondages informels effectués de manière épisodique sur cette question, l'option de l'indépendance serait massivement rejetée par les Réunionnais à l'occasion d'une consultation populaire directe. Autant dire qu'une telle option n'a, à l'heure actuelle, aucune chance de séduire les populations locales par la voie électorale, dès lors qu'elle est perçue comme un saut des plus risqués dans l'inconnu. Manifestement, les Réunionnais ne veulent pas « casser les codes » et sortir des sentiers battus. Ils refusent de jouer à la roulette russe et tiennent aux acquis sociaux qui découlent de la départementalisation, ainsi qu'au maintien du statut attractif de région ultrapériphérique (RUP) de l'Union européenne et des fonds structurels de Bruxelles. Pour leur part, les stratèges et militants du LPLP adoptent un profil bas. Ils font eux-mêmes preuve de discernement dans la mesure où ils ne demandent pas, ou n'osent pas actuellement demander, la tenue d'une consultation référendaire sur l'accession de La Réunion à la souveraineté, dans un contexte qui leur est totalement défavorable.

B. Le caractère nullement obligatoire de l'accession à l'indépendance dans le cadre d'un processus de décolonisation de La Réunion au cours de l'année 1946

Contrairement à la thèse soutenue par les partis indépendantistes des quatre plus anciennes dépendances françaises ultramarines et contrairement notamment à la thèse du LPLP à La Réunion, nous savons maintenant – au regard des règles coutumières du droit international de la décolonisation adoptées par l'organe plénier des Nations Unies – qu'une consultation populaire directe n'était pas une procédure inéluctable, en 1946, pour fixer le destin des habitants des territoires non autonomes et leur permettre éventuellement, si tel avait été leur profond souhait, d'obtenir une complète souveraineté.

Cette première question étant ainsi tranchée, un autre problème, au demeurant connexe et non moins crucial, voire fondamental, ne saurait être éludé. Ce problème a pour point de départ un constat objectif selon lequel les peuples colonisés ont réagi partout dans le monde, tout au long de la seconde moitié du XX^e siècle, afin de se libérer de façon effective de la domination étrangère exercée par les puissances coloniales et d'accéder, par suite, au rang d'États indépendants. Certains n'ont d'ailleurs pas hésité à recourir à l'usage ultime de la lutte armée, reconnue licite en droit international positif.

¹⁶⁸ A. ORAISON, « Les scénarios concevables en matière de réforme statutaire à La Réunion », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, jeudi 25 avril 2013, p. 18.

Dès lors, voici la deuxième question importante qui mérite d'être posée dans la présente étude. Au moment où l'empire colonial français commence à se fissurer dès 1945, notamment au Maghreb et en Indochine, et que le contexte international général est désormais celui de l'émancipation des peuples opprimés des différentes régions du globe par des revendications d'autonomie, çà et là, toujours plus grandes ou, plus encore, de totale souveraineté, comment se fait-il que, pratiquement dans les plus anciennes et seules dépendances françaises de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, on ait abouti à une solution radicalement opposée en 1946 ?

Ce procès-verbal peut être dressé dans la mesure où l'abolition du régime colonial dans les « quatre vieilles » a été réalisée : non par leur accession à l'indépendance mais par leur conversion en « départements français », non par le recours aux armes et à la guérilla, non par des sacrifices et le versement de larmes et de sang, mais plus simplement par la voie la plus pacifique et la plus démocratique qui est celle des élections législatives générales. N'y a-t-il pas là, déjà, par comparaison, pour les nationalistes et indépendantistes des Outre-mer, une éclatante contradiction qui interpelle ?

À ce sujet, il apparaît d'abord judicieux de connaître l'argumentation en faveur d'une accession à la pleine souveraineté des « quatre vieilles » et de leur transformation en des États indépendants qui est prônée, à titre exclusif, par les responsables des mouvements sécessionnistes de ces territoires français ultramarins et, tout particulièrement à La Réunion, par ceux du LPLP (1). Cependant, dans un souci évident d'objectivité scientifique et toujours en quête de vérité, il importe également de rechercher et d'analyser les diverses solutions juridiques qui sont réellement possibles et qui coexistent, jusqu'à nouvel ordre, conformément aux règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation progressivement établies par l'Assemblée générale des Nations Unies (2).

1. La solution unique et extrême de l'indépendance prônée par les courants nationalistes des « quatre vieilles » et notamment par le LPLP à La Réunion

L'intégration à l'ancienne puissance coloniale des « quatre vieilles » – actuellement régies par l'article 73 de la Constitution de la Ve République – serait-elle une forme *sui generis* et, plus encore, une forme exceptionnelle de décolonisation des territoires non autonomes ou assimilés ? En est-il ainsi, si l'on fait abstraction d'un cas quelque peu similaire qui est, à l'étranger, celui des îles Hawaï ? Dispersées dans la partie septentrionale de l'océan Pacifique, ces îles stratégiques constituent en effet un autre exemple d'émancipation ou de

décolonisation atypique réalisée, le 21 août 1959, par voie de rattachement juridique aux États-Unis, en leur qualité d'ancienne puissance administrante¹⁶⁹.

Pour la plupart des commentateurs ou exégètes qui ont eu l'occasion de se pencher sur cette question, considérée comme importante par les Ultramarins des « quatre vieilles », la réponse ne peut être que positive. C'est le point de vue des historiens, juristes et politologues français et notamment celui du professeur Yvan Combeau pour qui la décolonisation de l'ancienne « île Bourbon », mise en œuvre par la loi de départementalisation du 19 mars 1946, est une forme inédite d'émancipation démocratique qu'il qualifie au passage de « décolonisation intra-française » et résume en deux phrases, délibérément antinomiques, que nous tenons ici à rappeler pour mémoire : « *Une décolonisation intra-française : la formule contient tous les paradoxes de ce moment de ruptures et de pérennité. L'île de La Réunion quitte les rivages coloniaux pour mieux s'ancrer à la Nation France* »¹⁷⁰.

Cependant, si cette interprétation doctrinale est défendue et largement partagée par les juristes internationalistes et par l'opinion publique de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, elle ne fait pas pour autant l'unanimité. Elle est en effet contestée et, plus encore, rejetée de manière catégorique par un dernier carré de réfractaires : à savoir les courants indépendantistes qui existent dans les quatre territoires départementalisés par la loi du 19 mars 1946. Ces courants affirment être, aujourd'hui comme hier, dans une opposition totale avec les autorités centrales de l'État français : des autorités accusées d'être toujours foncièrement colonialistes, discriminatoires et impérialistes.

De fait, les partis nationalistes de ces territoires ultramarins sont *grosso modo* sur la même longueur d'onde lorsqu'ils affirment que leurs pays respectifs demeurent, ni plus ni moins, occupés par une puissance étrangère. Pour ces formations politiques hypercritiques et aux expressions radicales, dans la forme comme sur le fond, les habitants des « quatre vieilles » subissent de manière

¹⁶⁹ Dans la première décennie de la seconde moitié du XXe siècle, on peut en effet mentionner dans la région du Pacifique Nord un autre exemple, au demeurant très important, d'émancipation ou de décolonisation par voie d'intégration juridique à l'ancienne puissance coloniale. C'est le cas des îles Hawaï qui avaient été annexées par les États-Unis le 7 juillet 1898. Par la suite, à la demande de leurs représentants, ces îles sont passées du statut de colonie à celui d'État membre de la fédération nord-américaine à la suite d'un vote du Congrès. Le 21 août 1959, l'archipel de Hawaï est ainsi devenu la cinquantième et dernière entité constitutive des États-Unis. Pour mettre l'accent sur son évidente spécificité, encore faut-il préciser que l'État fédéré d'Hawaï est le seul qui soit insulaire. C'est également le seul à ne pas faire partie du continent nord-américain et enfin l'une des deux seules composantes des États-Unis non contiguës avec celle de l'Alaska.

¹⁷⁰ Y. COMBEAU, « La départementalisation : une décolonisation intra-française », *ibid.*, p. 15 et p. 18.

pérenne le « *joug colonial français* ». Cet assujettissement est ressenti comme pesant et avilissant par les partis sécessionnistes. Il en est ainsi dans la mesure ou la départementalisation – une réforme institutionnelle qualifiée au passage de « *caricature grossière* », de « *duperie* », de « *miroir aux alouettes* » et, pour tout dire, de « *simulacre de décolonisation* » – contribue à la dépersonnalisation progressive et inexorable des peuples d’outre-mer par une politique d’assimilation à outrance à la France métropolitaine et de culpabilisation prégnante qui les empêchent de gérer par eux-mêmes, de manière démocratique et dans la dignité, leurs propres affaires au triple plan économique, social et culturel.

C’est notamment l’opinion des séparatistes du LPLP qui disent pis que pendre sur la loi jugée méphistophélique du 19 mars 1946 et se déclarent favorables à l’émergence d’une « *conscience nationale de combattants réunionnais* ». Le LPLP considère que la départementalisation n’est pas un acte libérateur et encore moins une nouvelle étape fondatrice dans l’histoire de La Réunion, mais le contraire d’une réelle émancipation démocratique et une vraie forme d’asservissement qui vise à poursuivre, par le biais d’une multitude d’interdictions, « *la destruction de l’identité réunionnaise* »¹⁷¹.

Pour être plus précis dans leur analyse critique du statut départemental, les responsables et militants nationalistes du LPLP font grief à la France et à son administration de « *museler la vérité historique* »¹⁷². Ils reprochent à la puissance administrante de faire l’impasse sur des pans entiers et essentiels de l’histoire mouvementée et tragique de La Réunion depuis son peuplement permanent en 1663. Concrètement, ils mentionnent plusieurs épisodes d’un passé infiniment douloureux qui ont pour noms colonialisme, esclavage et engagisme (une pratique également condamnable parce que voisine de l’esclavage ou du servage) sans oublier, selon eux, la mésaventure plus récente mais tout aussi honteuse du « *traquenard de la départementalisation* » : une souricière à tous égards machiavélique qui aurait été tendue par les dirigeants de la puissance coloniale à l’issue de la Seconde Guerre mondiale.

Les séparatistes du LPLP accusent également le Pouvoir central d’avoir maintenu, en 1946, le système jacobin qui remonte à l’ancienne France monarchique. Il s’agit pour eux de dénoncer une pratique centralisatrice et psychorigide qui vise à assimiler, à tous vents, les populations des territoires ultramarins au lieu de leur permettre de cultiver des différences multiples, plus ou moins importantes, souvent très originales et, par définition, enrichissantes. En d’autres termes, les stratèges du LPLP élèvent la voix pour condamner

¹⁷¹ B. GRONDIN, « DÉCOLONISATION », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 11 mars 2016, p. 1.

¹⁷² B. GRONDIN, « Proclamation de l’État réunionnais », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 17 décembre 2017, p. 1.

l'administration française et « *ses valets locaux* » qui entretiennent, de manière délibérée et permanente, le « *malaise identitaire* » en refusant « *le pluralisme et la diversité* ».

Le LPLP reproche à l'administration française de placer les coutumes ancestrales, la culture et la musique réunionnaises au niveau d'un folklore dépourvu de signification profonde et, plus encore, le fait d'enseigner le français comme une langue noble tandis que le créole – pourtant langue maternelle des Réunionnais – serait réduit au rang d'un patois ou parler local inutile et, par suite, dévalorisé quand il n'est pas ressenti comme une tare rédhibitoire¹⁷³. Par réaction à la créolophobie mortifère du Pouvoir central, le LPLP affirme d'ores et déjà que, dans le cadre d'une île de La Réunion entièrement décolonisée, le « *kréol réunionné* » – une langue vernaculaire aujourd'hui en grand danger – « *deviendra la langue nationale* » et « *le français sera considéré comme une seconde langue parlée* »¹⁷⁴.

Partant du postulat selon lequel une décolonisation authentique est le processus permettant à des peuples colonisés et soumis à l'arbitraire de lutter pour leur accession à l'indépendance afin de devenir ou de redevenir des États souverains, les séparatistes des « quatre vieilles » ne cessent, par suite, de répéter qu'une véritable décolonisation de ces peuples, au cours de l'année 1946, aurait dû bannir le principe d'une assimilation insidieuse à l'ancienne puissance administrante, par le biais de la départementalisation. Pour les indépendantistes, l'application du soi-disant principe d'intégration a eu seulement un effet pervers non négligeable et bien visible : elle a permis de consolider l'impérialisme français aux plans économique, politique et stratégique en Amérique du Sud, dans la mer des Caraïbes et dans l'océan Indien occidental, avec la complicité coupable d'une poignée de députés ultramarins.

Pour les leaders du LPLP qui se lancent sans retenue dans un réquisitoire à charge, les parlementaires de La Réunion, élus le 21 octobre 1945 à l'Assemblée nationale constituante et qualifiés, au passage, de « *politiciens dépourvus de véritables idéaux* », de « *petits bourgeois de gauche opportunistes* », voire de

¹⁷³ En revanche, les partisans convaincus de l'assimilation des « quatre vieilles » à la France – à l'instar du parlementaire martiniquais Victor Sablé – considèrent que la langue créole, loin d'être un facteur d'épanouissement et de progrès pour les Ultramarins, viserait en fait à les enfermer dans un « *ghetto* » ou « *cul-de-sac culturel* » alors que la langue française – une langue internationale officiellement reconnue par la Charte des Nations Unies et parlée dans plusieurs régions du globe – leur permet de s'ouvrir sur le monde extérieur et d'accéder, par suite, « *aux lumières de la culture universelle* ». V. SABLÉ, *Les Antilles sans complexes : une expérience de décolonisation*, Paris, Éditions G.-P. Maisonneuve et Larose, 1972, p. 16.

¹⁷⁴ B. GRONDIN, « L'indépendance remettra La Réunion sur les rails du développement », *Fanal, Journal Indépendant Réunioné*, 8 mars 2015, p. 1. Voir également M. ZITTE, « Assises de la décolonisation le 5 novembre à Saint-Leu. Le LPLP veut constituer un État réunionnais », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, lundi 30 octobre 2017, p. 4-5.

« *soi-disant communistes* »¹⁷⁵, n'auraient pas, à vrai dire, commis une bourde ou fait preuve d'incompétence notoire. À leurs yeux, le fait qui leur est reproché est beaucoup plus grave et, par suite, impardonnable. Ainsi pour Bernard Grondin, il faut dénoncer les « *députés coloniaux* » ou « *pseudos-députés progressistes de l'époque, qui n'ont cessé de collaborer avec le système colonial* »¹⁷⁶. Pour le porte-parole du LPLP, ces « *députés renégats* » auraient pactisé sans état d'âme en 1945/1946 avec la puissance occupante et trahi leurs pays respectifs en faisant croire aux populations locales qu'elles ne pouvaient pas décemment vivre et prospérer sans l'aide de la France.

Pour les mouvements séparatistes antillais, guyanais et réunionnais, il en résulte que la loi de départementalisation du 19 mars 1946 n'a nullement sonné le glas du colonialisme français. Pour leurs responsables, il convient, en conséquence, de rester clairvoyant et d'avoir le courage de tout mettre en œuvre pour sortir du guet-apens ainsi tendu par les dirigeants français après la Libération. Pour bien se faire comprendre, les nationalistes des « quatre vieilles » soulignent qu'il faut engager le combat pour une réelle émancipation de leurs pays respectifs qui exclut toute forme d'intégration à la République française parce qu'une telle solution est l'antithèse ou la négation absolue de la décolonisation.

Toujours en vertu d'une définition stricte de la décolonisation qui est le processus par lequel des territoires non autonomes deviennent ou redeviennent des États indépendants, les courants sécessionnistes en déduisent que les populations des « quatre vieilles » doivent rompre leurs chaînes, se libérer d'une nouvelle forme d'esclavage et envisager une rupture totale avec « *la France coloniale* » qui implique, comme suite logique, pour chacune d'entre elles une accession à la pleine souveraineté. Au cours d'une rare et intéressante *interview* de deux pages réalisée, en 2017, par le journaliste David Chassagne pour le compte du *JIR (Dimanche)*, la solution radicale de l'indépendance – une solution destinée à éliminer un des vestiges les plus condamnables du passé et à tourner, de manière définitive, une page sombre de l'histoire de La Réunion – a ainsi été évoquée par Bernard Grondin, élu chef du Gouvernement de « *l'État réunionnais* » le 5 novembre 2017 par une poignée de militants du LPLP¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Élus députés communistes le 21 octobre 1945, Léon de Lépervanche et Raymond Vergès sont directement visés par les attaques des responsables du LPLP et notamment par celles de Bernard Grondin qui fut lui-même un militant très actif du PCR pendant cinq années, de 1977 à 1982. Voir B. GRONDIN, « Il y a 72 ans, les députés soumis de la France coloniale faisaient voter la loi scélérate du 19 mars 1946 », *Fanal, Journal Indépendant Rénioné*, 18 avril 2018, p. 2.

¹⁷⁶ B. GRONDIN, « DÉCOLONISATION », *Fanal, Journal Indépendant Rénioné*, 11 mars 2016, p. 1.

¹⁷⁷ D. CHASSAGNE, « Dossier. Un jour, La Réunion sera indépendante », *Le JIR (Dimanche)*, dimanche 26 novembre 2017, p. 10-11.

Ainsi présentée dans ses grandes lignes, la thèse des partis indépendantistes ultramarins soulève une série de questions très importantes. Les habitants des « quatre vieilles » ont-ils vraiment été induits en erreur ou, pire encore, victimes d'une trahison caractérisée imputable à leurs représentants élus à l'Assemblée nationale constituante le 21 octobre 1945 ? Leurs territoires seraient-ils donc, aujourd'hui encore, des sanctuaires du colonialisme français, des terres toujours occupées par une puissance étrangère et où, par suite, la libération resterait à faire ? Chacune des « quatre vieilles » serait-elle, selon l'oxymore formulé le 23 septembre 2015 par le Front pour construire la nation de la Guadeloupe (FCNG), une « *colonie départementalisée* » qu'il incombe, dès lors, d'inscrire sans tarder sur la liste des pays à décoloniser dressée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'instar notamment – dans la région du Pacifique – de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française¹⁷⁸ ?

Sur un plan plus global, que faut-il exactement penser des mouvements nationalistes des « quatre vieilles » et de leur argumentation, à la fois dogmatique, extrême et inflexible, selon laquelle l'accession à l'indépendance et à la pleine souveraineté est la seule solution concevable en matière d'émancipation ou de décolonisation authentique pour un « *territoire non autonome* » ou assimilé ?

2. L'indépendance d'un « *territoire non autonome* » ou assimilé : une solution parmi d'autres selon les règles d'essence coutumières du droit international de la décolonisation

Avant d'entrer dans le vif du sujet, voici déjà le désaveu qu'il importe d'infliger aux leaders du LPLP pour leur opinion outrancière selon laquelle les députés des « quatre vieilles » auraient été complices, au cours de l'année 1946, de la puissance coloniale dans le processus d'intégration de leurs pays respectifs au sein de la Nation française par la voie singulière de la départementalisation. Dans la première partie de notre étude, nous avons démontré que ces élus étaient sincères dans une démarche visant à imposer au Pouvoir central – lui-même plus que réticent en ce domaine – le remplacement du statut de « territoire colonial », par essence discriminatoire, par celui de « département français », jugé *a priori* égalitariste, et cela au nom des populations concernées qu'ils étaient chargés de représenter à l'Assemblée nationale constituante¹⁷⁹. Ainsi, contrairement à la thèse soutenue par le LPLP, ces députés régulièrement élus ne peuvent, en aucune façon, être accusés de complaisance ou de servilité à l'égard du Pouvoir central et, *a fortiori*, de déloyauté, perfidie ou trahison à l'égard de leurs électeurs.

¹⁷⁸ Voir à ce sujet les deux dernières résolutions 76/95 et 76/98 adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 2021 et respectivement intitulées « Question de la Polynésie française » et « Question de la Nouvelle-Calédonie » in <https://undocs.org/fr/A/RES/76/95> et <https://undocs.org/fr/A/RES/76/98>.

¹⁷⁹ Voir *supra*.

Ceci dit, au regard du droit international contemporain de la décolonisation, l'émancipation de La Réunion impliquait-elle, dès 1946 – comme les indépendantistes du LPLP le prétendent – une lutte de libération contre le « *joug colonial français* » et la création d'un État réunionnais souverain dont la « *fête nationale* » est déjà fixée au 5 novembre, une date visant à commémorer la principale et sanglante révolte des esclaves de La Réunion survenue sur le territoire de l'actuelle commune de Saint-Leu, du 5 au 11 novembre 1811¹⁸⁰ ? Dans la région sud-ouest de l'océan Indien, La Réunion serait-elle aujourd'hui encore – avec Mayotte et les îles Éparses (Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India) – l'une des dernières terres coloniales africaines occupée de manière illicite par une puissance étrangère comme le soutient, depuis sa création en 2008, ce parti sécessionniste ?

C'est bien à ces questions fondamentales et récurrentes qu'il importe de répondre en prenant appui, une nouvelle fois, sur les règles d'essence coutumière du droit international de la décolonisation forgées par l'Assemblée générale des Nations Unies et, par la suite, appliquées de manière stricte par l'ensemble des juridictions arbitrales internationales et, d'abord, par la Cour internationale de Justice.

Encore faut-il, pour une bonne appréhension du sujet, mettre déjà l'accent sur ce qu'il faut entendre en droit international public positif par l'expression « *territoire non autonome* ». La définition officielle de cette notion – une notion typiquement onusienne – a été donnée avec discernement, dès le 24 octobre 1970, par la résolution 2625 (XXV) contenant la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*. Mais au préalable, il convient de mettre l'accent sur l'importance de cette *Déclaration* en apportant une double précision. Il faut déjà noter qu'elle a été adoptée par consensus par l'Assemblée générale et, plus encore, qu'elle est rédigée en des termes qui ne souffrent aucune exception dans le juste combat pour l'éradication du colonialisme et de toutes formes d'hégémonie qui subsistent encore dans plusieurs régions du monde. À titre de preuve, en voici le passage principal :

« Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de : a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États et b) Mettre

¹⁸⁰ B. GRONDIN, « Proclamation de l'État réunionnais », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 17 décembre 2017, p. 3.

rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés »¹⁸¹.

À cette fin, la *Déclaration* susmentionnée souligne que le « *principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* » a pleinement vocation à s'appliquer dans un « *territoire non autonome* », c'est-à-dire – pour être plus précis – dans un territoire qui est géographiquement, ethniquement ou culturellement différent du territoire d'un État indépendant, ledit « *territoire non autonome* » étant par ailleurs soumis à un « *statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui l'administre* »¹⁸². Pour être toujours au plus près de la réalité historique, encore convient-il d'ajouter avec Aimé Césaire – le chantre martiniquais de la Négritude et auteur du célèbre « *Discours sur le colonialisme* » publié dès 1950 – que la puissance administrante en cause est le plus souvent une « *puissance européenne* »¹⁸³.

Cette définition très générale du « *territoire non autonome* » – une expression en fait synonyme de « *territoire colonial* » – étant ainsi donnée, on peut dès lors envisager de répondre, en droit, à la légitime interrogation qui interpelle le profane. Une réponse officielle et irréfragable a elle-même été donnée par une autre résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, une résolution pertinente qui écarte, sans ambages, l'existence d'une solution unique lors de la mise en œuvre du droit de libre détermination des populations des territoires coloniaux ou assimilés. Il s'agit de la résolution 1541 (XV) votée, dès le 15 décembre 1960, à la quasi-unanimité des États participants (par 69 voix contre 2 et 21 abstentions). De fait, cette résolution a été adoptée – ce n'est pas une pure coïncidence – au lendemain même du vote de la célèbre résolution 1514 (XV) précitée qui reconnaît, dans son article 2, un principe transcendant, universel et immuable que nous rappelons ici pour mémoire : « *Tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel* ».

¹⁸¹ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 69-76 et notamment, p. 74.

¹⁸² *Idem*, p. 75.

¹⁸³ Pour Aimé Césaire qui fut, avec les députés Léopold Bissol, Gaston Monnerville, Léon de Lépervanche et Raymond Vergès, l'un des cinq « pères fondateurs » de la départementalisation en 1946 (une réforme institutionnelle qu'il contestera par la suite), la colonisation – une colonisation qu'il qualifie au passage de « *chosification* » – n'est ni plus ni moins qu'une « *tête de pont dans une civilisation de la barbarie* » et tout particulièrement de « *la barbarie de l'Europe occidentale* ». Il s'agit en fait d'un phénomène planétaire que le célèbre écrivain et homme politique martiniquais considère comme condamnable parce que profondément autoritaire, discriminatoire et violent. A. CÉSAIRE, *Discours sur le colonialisme*, suivi de *Discours sur la Négritude*, Paris, Présence Africaine, 1955 et 2004, 92 p. et notamment p. 18, 23 et 29.

Posé en annexe à la résolution 1541 (XV), un principe VI a en effet relevé l'existence non pas d'une seule mais de trois options devant permettre à la population d'un « *territoire non autonome* » ou territoire colonial de parvenir au stade ultime d'une émancipation qui, en toute logique, doit être inconditionnelle, complète et définitive. Concrètement, un « *territoire non autonome* » ou assimilé a atteint « *la pleine autonomie* » ou phase de décolonisation effective dans trois cas qui sont bien distincts. Certes, ces cas sont présentés – il s'agit là d'un constat objectif – de manière fort lapidaire. Cependant, ils le sont dans un style qui est loin d'être alambiqué, amphigourique, cryptique ou ésotérique et qui, en conséquence, devrait pouvoir être admis par toutes les personnes de bonne foi, y compris par les responsables des mouvements indépendantistes et nationalistes des « quatre vieilles » et, tout particulièrement à La Réunion, par ceux du LPLP. Voici le contenu très clair du principe VI :

« On peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie :

a) Quand il est devenu État indépendant et souverain ;

b) Quand il s'est librement associé à un État indépendant ;

ou

c) Quand il s'est intégré à un État indépendant »¹⁸⁴.

Concernant cette troisième option qui est toutefois passée sous silence, quand elle n'est pas purement et simplement niée ou stigmatisée, par les courants séparatistes antillais, guyanais et réunionnais, alors même qu'elle porte en elle autant de légitimité et de noblesse que les deux précédentes, un principe VIII – également posé en annexe par l'organe plénier des Nations Unies dans la résolution 1541 (XV) – apporte un utile éclaircissement sur sa signification. Le principe VIII énonce en effet une condition *sine qua non* qui s'impose toujours à la puissance administrante. La voici exprimée en une phrase qui est également dépourvue de toute ambivalence ou équivoque :

« L'intégration à un État indépendant doit se faire sur la base de l'égalité complète entre le peuple du territoire antérieurement non autonome et celui de l'État indépendant auquel il s'intègre. Les deux peuples doivent avoir, sans distinction ni discrimination, un statut et des droits de citoyenneté égaux ainsi que des garanties égales pour ce qui est des libertés et droits fondamentaux ; ils doivent tous deux avoir des droits égaux et des possibilités égales de représentation et

¹⁸⁴ Voir le contenu intégral de la résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960 in [https://undocs.org/fr/A/RES/1541\(XV\)](https://undocs.org/fr/A/RES/1541(XV)).

de participation effective, à tous les échelons, dans les organes exécutifs, législatifs et judiciaires de l'État »¹⁸⁵.

Dans le cas des territoires non autonomes de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion qui ont été juridiquement décolonisés au lendemain du Second Conflit mondial, l'intégration effective dont il est question a bien été mise en œuvre au sein de la République française. Encore convient-il d'être plus précis. Cette intégration effective, au plan juridique, ne l'a pas été par la loi de départementalisation du 19 mars 1946, comme on l'entend dire encore trop souvent, mais par le principe constitutionnel d'identité législative, consacré par l'article 73 de la norme suprême du 27 octobre 1946. Voici un principe fondamental qui est ainsi confirmé par le droit international public positif et, plus exactement encore, par l'opportune et fort ingénieuse résolution 1541 (XV), en tant que critère irrécusable de la décolonisation des « quatre vieilles », au plan strictement juridique ou formel.

Plus encore, pour être exhaustif dans un domaine qui est extrêmement sensible et épineux, bien que marginal dans les faits en ce début de XXI^e siècle, il faut ajouter que les trois options ainsi officiellement répertoriées dans la résolution 1541 (XV) ont toujours été, par la suite, confirmées. Plus encore, elles ont même été intelligemment complétées, une décennie plus tard, par une quatrième option entendue, par surcroît, *lato sensu*¹⁸⁶. Dans sa *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, la résolution 2625 (XXV) adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale – une résolution obtenue, rappelons-le, sans aucune opposition – déclare ce qui suit :

« La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple [c'est nous qui insistons, derechef, sur ce fragment de phrase essentiel en le mettant en gras] constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même »¹⁸⁷.

Dans le cadre d'une application scrupuleuse des règles coutumières du droit international de la décolonisation qui ont été progressivement établies par l'organe plénier de l'Organisation mondiale, tout au long de la seconde moitié du XX^e siècle, il apparaît ainsi – de manière manifeste – que l'accession à l'indépendance n'est pas et n'a même jamais été l'objectif inéluctable ou la

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ Voir à ce sujet D. TURPIN, préc., p. 1041.

¹⁸⁷ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 75.

solution unique découlant de l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pour les territoires non autonomes ou assimilés. À la réflexion, ce constat du droit positif est logique et tout à fait explicable.

Si l'on reconnaît sincèrement un droit de libre détermination à la population d'une entité coloniale, quelle qu'elle soit, on ne saurait, sur le plan des principes, limiter le choix de cette population ni exclure telle ou telle option, fut-ce à la limite un refus d'accession à la souveraineté. En d'autres termes, dicter ou imposer un choix aux habitants d'un « *territoire non autonome* » ou assimilé à l'occasion d'une consultation référendaire en n'offrant qu'une seule option – en l'espèce l'option maximaliste de l'indépendance – reviendrait à trahir et à dénaturer, de manière grossière, le respect que l'on doit au « *principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* » qui est mentionné de façon explicite et, qui plus est, à deux reprises dans la Charte de San Francisco.

Ainsi, la décolonisation d'un territoire colonial ne saurait se résumer, de manière systématique, à l'accession à l'indépendance et à la création d'un État pleinement souverain, apte à devenir aussitôt un pays membre officiel des Nations Unies, comme le commun des mortels a trop facilement tendance à le croire et comme le prétendent, toujours haut et fort mais évidemment à tort, les responsables des mouvements indépendantistes des Outre-mer et, notamment à La Réunion, les théoriciens du LPLP¹⁸⁸. L'intégration librement consentie d'un « *territoire non autonome* » ou assimilé à l'ancienne puissance administrante – concrétisée notamment, au cours de l'année 1946, par le biais singulier de la départementalisation dans le cas des quatre plus anciennes colonies françaises – est bien une forme incontestable de décolonisation, au moins au plan juridique, au regard des règles d'essence coutumière du droit international public forgées dans le cadre de l'Organisation mondiale. Cette mise au point clarificatrice étant faite, une autre observation s'impose aussitôt dans un but de complétude.

Certes, aujourd'hui comme hier, un choix demeure toujours possible entre les diverses options ainsi reconnues aux populations concernées des territoires non autonomes ou territoires coloniaux par la combinaison des résolutions 1541 (XV) et 2625 (XXV) : accession pure et simple à l'indépendance, libre association

¹⁸⁸ À la décharge des formations indépendantistes des « quatre vieilles » et notamment à celle du LPLP à La Réunion, il faut bien reconnaître que la confusion est entretenue par les principaux dictionnaires qui donnent du substantif « *décolonisation* » et du verbe « *décoloniser* » des définitions très générales, souvent rédigées dans un style télégraphique et, plus souvent encore, sans la moindre nuance. Si l'on consulte par exemple Le Grand Larousse Illustré (Paris, Larousse, 2016, p. 346), on a ainsi du verbe « *décoloniser* » une définition fort laconique qui est la suivante : « *décoloniser* », c'est « *accorder l'indépendance à une colonie, la faire accéder au statut d'État* ». Pareillement, selon Le Petit Robert de la langue française (Édition 2021, p. 636), la « *décolonisation* », c'est le « *processus par lequel une colonie devient indépendante* ».

à un État souverain, intégration effective au sein de cet État ou acquisition de tout autre statut politique correspondant aux vœux librement exprimés par les peuples concernés. Cependant, il existe un butoir ou une limite non négociable qu'il faut connaître. Le choix dont il s'agit en matière de décolonisation exclut l'option partition ou scission du « *territoire non autonome* », à la veille de son accession à l'indépendance¹⁸⁹. Dans ce cas de figure, la condamnation traditionnelle et quasi absolue de l'émiettement ou fragmentation d'un territoire colonial mérite, derechef, explications.

Dans son récent avis consultatif rendu le 25 février 2019, en l'affaire des *Chagos*, un avis qui a été une expertise juridique utilisée à maintes reprises comme modèle de référence, dans la présente étude, la Cour internationale de Justice prend bien soin d'indiquer que si l'exercice de la libre détermination par le peuple d'un « *territoire non autonome* » ou assimilé peut se réaliser au travers de l'une ou l'autre des options recensées par les résolutions connexes 1541 (XV) et 2625 (XXV) et s'il n'impose pas dans tous les cas un processus standard et, pas davantage, une solution unique, il doit toujours en revanche – cela apparaît à l'évidence primordial pour les juges toujours quasi unanimes de la Cour de La Haye – « *être l'expression de la volonté libre et authentique du peuple concerné* »¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Dans une déclaration jointe à l'avis consultatif du 25 février 2019, rendu en l'affaire des *Chagos*, le juge Ronny Abraham s'est déclaré favorable avec la thèse émise par la Cour internationale de Justice : à savoir la thèse selon laquelle « *le caractère coutumier du droit à l'intégrité territoriale d'un territoire non autonome... constitue le corollaire du droit à l'autodétermination* » (Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 134, par. 160). Le juge français regrette néanmoins que l'option de la partition ou de la scission du « *territoire non autonome* » ne puisse pas être prise en compte au moment de l'exercice du droit à l'autodétermination, dans l'hypothèse où sa population n'est pas suffisamment homogène. En faisant allusion au cas des Mahorais qui n'ont pas voulu suivre les autres Comoriens sur la voie de l'indépendance, lors du référendum d'autodétermination du 22 décembre 1974 (voir *supra*), le juge Ronny Abraham en tire la conclusion qu'on risque d'aboutir, avec le rejet systématique de la solution de la partition, à « *une sorte de sacralisation du territoire, dont l'indivisibilité prendrait l'ascendant sur la volonté des peuples* » (Affaire des *Chagos* préc., CIJ, *Rec. 2019*, p. 154). Il est néanmoins possible de répondre à cette argumentation – une argumentation au demeurant isolée au sein de la Cour de La Haye – en soulignant que la remise en cause du principe de l'intégrité territoriale d'un pays sous administration coloniale pour tenir compte de la volonté des minorités – qu'elles soient ethniques ou religieuses – risquerait de mettre à feu et à sang certaines régions du globe. Sa transgression manifeste par la France, en 1975, n'est-elle pas à l'origine d'un différend franco-comorien sur l'île de Mayotte, un différend qui a tendance à s'aggraver avec le temps ? Assurément, la question mérite d'être posée. Plus encore, comme l'indique à juste titre le professeur Jean-Louis Iten, « *il n'y a pas de raison de ne pas respecter l'intégrité territoriale des États insulaires décolonisés avec la même rigueur que celle des États continentaux* ». Voir à ce sujet J.-L. ITEN, « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des *Chagos* de Maurice en 1965 », *RGDIP*, 2019, n° 2, p. 408.

¹⁹⁰ Affaire des *Chagos*, avis consultatif, CIJ, *Rec. 2019*, p. 134, par. 157.

À cet égard, la Cour ne fait qu'entériner une exigence qui a été insérée dans la fort prévoyante résolution 1514 (XV). Dans son article 5, la *Charte de la décolonisation* dispose en effet, de manière comminatoire, que des « *mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve* [c'est nous qui soulignons, une nouvelle fois, ce membre de phrase en le mettant en gras], *conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, ... afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes* ». Faut-il enfin rappeler que, pour empêcher tout démembrement des territoires coloniaux avant leur accession à une autonomie réelle ou à la pleine indépendance, l'article 6 de la résolution 1514 (XV) décrète – sur un ton impératif qui condamne par avance objections ou exceptions – que « *toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies* » ?

Voici par ailleurs un autre constat irréfutable. Pour l'immense majorité d'entre eux et, le plus souvent, sans hésitation aucune, les peuples des territoires non autonomes ont choisi l'option la plus émancipatrice qui est celle de l'accession à l'indépendance et permis à leurs territoires respectifs de devenir aussitôt des États souverains, membres au demeurant influents des Nations Unies au plan collectif, notamment par leur adhésion au mouvement tiers-mondiste des pays non-alignés. Au plan concret et *a contrario*, il faut bien admettre une autre réalité. Les exemples d'association à un État indépendant ou d'intégration à l'ancienne puissance administrante – pourtant envisagés de manière explicite par les résolutions 1541 (XV) et 2625 (XXV) – sont en revanche rarissimes, quand ils ne sont pas jugés suspects, voire répréhensibles, comme le prétendent à l'unisson les responsables des partis indépendantistes des « quatre vieilles » et, notamment à La Réunion, les stratèges du LPLP¹⁹¹.

Mais qu'on le veuille ou non, il existe des exceptions indubitables. C'est le cas singulier de l'intégration à la France des « quatre vieilles » par l'action combinée de la loi du 19 mars 1946 et de la Constitution du 27 octobre 1946. Depuis le vote de ces deux textes juridiques, des textes adoptés peu après la création des Nations Unies et au début d'un mouvement irréversible de décolonisation dans les diverses régions du monde, les quatre plus anciennes composantes du premier Empire colonial français sont en effet devenues – dès 1946 et à contre-courant d'un mouvement général qui sera concrétisé au cours de la seconde moitié du XXe siècle – des départements d'outre-mer soumis, au plan

¹⁹¹ B. GRONDIN, « Il y a 72 ans, les députés soumis de la France coloniale faisaient voter la loi scélérate du 19 mars 1946. Certains voudraient faire de cette date un jour férié », *Fanal, Journal Indépendant de Réunion*, 18 avril 2018, p. 2.

juridique, au même statut que les départements métropolitains par la volonté librement exprimée des populations ultramarines concernées et de leurs députés régulièrement élus à la première et à la seconde Assemblée nationale constituante, les 21 octobre 1945 et 2 juin 1946. Comparées à d'autres dépendances françaises, dispersées notamment dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien, la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion doivent, sans aucun doute, être considérées comme ayant été décolonisées en parfaite harmonie avec les règles coutumières du droit international public positif¹⁹².

Contrairement par ailleurs à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, c'est à juste titre que les « quatre vieilles » ne figurent pas en 2022 sur la liste officielle des pays à décoloniser, une liste établie par l'Assemblée générale des Nations Unies et régulièrement mise à jour. Le cas particulier de La Réunion est par ailleurs tout à fait probant et mérite même d'être mentionné comme parangon d'une décolonisation à tous égards réussie, au moins au plan juridique, dès lors que son émancipation est reconnue comme telle par tous les États souverains situés dans son environnement géographique immédiat. En voici au demeurant la preuve avec à l'appui, une nouvelle fois, un argument de poids.

¹⁹² À la liste des « quatre vieilles » qui ont été émancipées en droit, en 1946, on peut ajouter d'autres territoires français ultramarins qui ont également été décolonisés conformément à la volonté directe ou indirecte de leurs populations et qui ont actuellement le statut de collectivités d'outre-mer (COM), régies par l'article 74 de la Constitution. C'est sans conteste le cas de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon en Amérique du Nord, par le biais d'élections législatives, et des îles Saint-Barthélemy et Saint-Martin dans la mer des Caraïbes, par le biais de consultations référendaires. Les populations de ces deux petites terres voisines – appelées « îles du Nord » en raison de leur position géographique par rapport à la Guadeloupe – se sont prononcées à de très larges majorités, respectivement par 95,51 % et 76,17 %, en faveur d'une évolution statutaire lors des référendums programmés le dimanche 7 décembre 2003 et elles ont opté pour le statut de COM, dotées de l'autonomie par la loi organique du 21 février 2007. Dans la mesure où le statut de ces territoires insulaires résulte, sans contestation possible, de la volonté authentique de leurs habitants en application pure et simple de la résolution 2625 (XXV), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 24 octobre 1970, on doit les considérer comme des terres décolonisées au regard des règles coutumières du droit international public positif et cela, bien qu'elles n'aient pas adopté le statut départemental et qu'elles ne soient pas régies par le principe constitutionnel d'identité législative. Le critère de leur décolonisation est ici un principe constitutionnel contraire : c'est le principe de la spécialité législative qui est, dans les faits, totalement ou partiellement mis en œuvre, selon les desideratas exprimés par les populations locales directement concernées. Voir à ce sujet A. ORAISON, « Réflexions critiques sur le maintien du *statu quo* institutionnel à la Guadeloupe et à la Martinique et sur le changement statutaire à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin à la suite des référendums antillais du 7 décembre 2003 », *RFDA*, 2004, n° 1, p. 42-58 ; A. ORAISON, « Le statut nouveau de collectivité d'outre-mer des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (Exégèse comparative des articles 4 et 5 de la loi organique du 21 février 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer) », *RDP*, 2008, n° 1, p. 153-183.

Si la décolonisation de La Réunion est officiellement admise par les Nations Unies, *a fortiori*, l'est-elle par tous les pays riverains de l'océan Afro-asiatique et, d'abord, par tous ceux qui ont le statut d'États membres de la Commission de l'Océan Indien (COI)¹⁹³. D'emblée, il convient d'indiquer que c'est à l'initiative de trois pays indépendants de l'espace indianocéanique – nommément Madagascar, Maurice et les Seychelles – que cette organisation internationale de proximité, à vocation diplomatique, économique, technique et culturelle, a été créée par l'Accord général de coopération signé à Victoria (Seychelles), le 10 janvier 1984. Outre les trois États fondateurs susmentionnés, la COI ne regroupe à ce jour que deux États adhérents : la République française et l'Union des Comores.

À ce sujet, il est à noter que la signature du Protocole d'adhésion à l'Accord de Victoria par le Gouvernement de Paris a eu lieu le 10 janvier 1986 à Port-Louis, lors de la 4^e session ministérielle de la COI, sans rencontrer la moindre objection de la part des États membres¹⁹⁴. Ainsi, l'adhésion de la France à la COI pour y représenter les intérêts des Français de la région monodépartementale de La Réunion n'est pas sans signification, au plan juridique. Elle peut et doit en effet être interprétée, par ses responsables gouvernementaux, comme une incontestable victoire diplomatique et politique. En reprenant une réflexion appropriée du politologue Jean Houbert, il est permis de conclure que la République française – un État principalement européen – est désormais acceptée, par tous les États ancrés dans le voisinage de l'île de La Réunion, comme « *un pays authentique de l'océan Indien* »¹⁹⁵.

Néanmoins, une importante remarque restrictive s'impose, dès lors qu'elle est de nature à consolider notre argumentation. La voici exposée en quelques mots. Certes, la France a adhéré en 1986 à l'Accord général de coopération de Victoria « *pour permettre à son département et sa région de La Réunion de participer à la coopération régionale* » dans le cadre institutionnel de la COI. Cependant, il est une réalité qu'on ne saurait ignorer. La Réunion est la seule dépendance française de l'océan Indien occidental dont la décolonisation, au plan

¹⁹³ A. ORAISON, « Radioscopie critique de la Commission de l'Océan Indien (*La spécificité de la France au sein d'une organisation régionale de proximité*) », *RJOI*, 2016, n° 22, p. 95-145.

¹⁹⁴ Décret n° 2007-1030 du 15 juin 2007 portant publication du Protocole d'adhésion de la République française à l'accord général de coopération entre les États membres de la Commission de l'Océan Indien du 10 janvier 1984, fait à Port-Louis le 10 janvier 1986, *JORF*, 19 juin 2007, p. 10519-10521. À titre purement anecdotique, il est à noter que le Protocole d'adhésion de la France à l'Accord général de coopération entre les États membres de la COI avait déjà été publié dans son intégralité, vingt ans auparavant, *in* « Documents des organisations internationales », *RGDIP*, 1987, n° 4, p. 1491.

¹⁹⁵ J. HOUBERT, « Décolonisation et dépendance : Maurice et La Réunion », *APOI*, 1981, volume VIII, p. 103-123 et notamment p. 116.

formel, est reconnue par les autres États membres de cette organisation internationale. Pour trois pays membres de la COI, issus eux-mêmes de décolonisations jugées « incomplètes », intervenues au cours des décennies « 60 » et « 70 », la France ne saurait représenter au sein de cette institution des territoires dont la souveraineté est contestée. Faut-il rappeler qu'il existe un conflit franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique (Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India) depuis 1972, un différend franco-comorien sur l'île de Mayotte qui a éclaté en 1975 et un litige franco-mauricien sur le récif de Tromelin qui perdure depuis 1976 ?

Réflexions terminales

À l'issue d'une recherche pluridisciplinaire portant sur le processus pour le moins original de décolonisation de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, un processus qui a été mis en œuvre au cours de l'année 1946 à la demande des représentants des populations concernées et qui a été analysé, dans la présente étude, sous les regards croisés du droit constitutionnel français et du droit international public, voici les premières et principales réflexions que l'on peut et doit retenir.

Contrairement aux affirmations dogmatiques des partis indépendantistes qui militent au sein des « quatre vieilles », ces territoires ultramarins issus du premier Empire colonial français ont bien été décolonisés, au plan juridique, par l'action combinée de la loi du 19 mars 1946 et de la Constitution du 27 octobre 1946 qui consacrent leur intégration à la République avec le statut de département, lui-même complété par le statut de région en application de la loi du 31 décembre 1982¹⁹⁶ et, plus encore, avec l'incontournable principe constitutionnel d'identité législative. Bien qu'étant marginale dans la société internationale, la solution *sui generis* ainsi consacrée en matière d'émancipation des « quatre vieilles », à la demande pressante de leurs parlementaires régulièrement élus le 21 octobre 1945 et le 2 juin 1946, est fondée au regard des règles coutumières du droit international de la décolonisation. Il en est ainsi, même si les habitants de ces quatre dépendances françaises n'ont pas été invités à se prononcer, au préalable, par un référendum d'autodétermination au cours de l'année 1946 et même si, *a fortiori*, leurs territoires respectifs n'ont pas accédé à l'indépendance et à la pleine souveraineté.

¹⁹⁶ A. ORAISON, *Quelques réflexions critiques sur l'organisation et les attributions des régions d'outre-mer (Les avatars de la décentralisation dans les DOM)*, Service des Publications de l'Université de la Réunion, Saint-Denis, mars 1985, 140 pages (avec annexes).

Cependant, la situation institutionnelle qui prévaut, notamment à La Réunion depuis 1946, ne saurait être considérée comme immarcescible dans la mesure où le concept traditionnel de département n'est pas lui-même immuable. Suite à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, nous avons pu en effet constater, à plusieurs reprises, que ce concept était entré dans une phase de recul ou de repli, voire de déclin inéluctable, dans les dépendances périphériques actuellement régies par l'article 73 de la norme suprême de la V^e République. Sans doute, ce statut départemental s'est-il traduit à La Réunion, comme aux Antilles et en Guyane, par des avancées tangibles qu'il faut saluer et, plus encore, sauvegarder dans le domaine des services publics basiques qui sont, sans contredit, ceux de l'éducation et de la santé. Toutefois, dans d'autres domaines, non moins importants et qui concernent notamment l'économie et le social, ce statut paraît désormais quelque peu archaïque ou suranné, sinon jugé révolu.

C'est en tout cas la thèse soutenue par les dirigeants communistes du PCR qui le considèrent, depuis 2017, comme un « *modèle à bout de souffle* » ou un « *archétype qui a atteint ses limites* » et qu'il conviendrait, dès lors, de remettre sérieusement en cause au nom d'un droit à la différence qui est à l'opposé d'un statut départemental jugé de plus en plus niveleur par le bas et, par suite, toujours plus sclérosant pour les Réunionnais. Mais c'est surtout la thèse plus radicale défendue, depuis 2008, par les dirigeants indépendantistes du LPLP. Pour ces derniers, le statut de département d'outre-mer attribué à La Réunion est une solution erronée, voire tout à fait saugrenue, et, plus encore, une solution fallacieuse ou mensongère parce que située à des années-lumière d'un authentique décolonisation.

Au plan concret, il est certain que le statut de département attribué à La Réunion, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, est de plus en plus critiquable. Objectivement et à juste raison, il peut être contesté dans la mesure où, d'après une récente étude de l'INSEE sur les niveaux de vie et de pauvreté à La Réunion, publiée en 2019, près de 40 % des Réunionnais vivent sous le seuil de pauvreté avec des revenus inférieurs à 1050 euros mensuels et par unité de consommation, soit un pourcentage trois fois plus élevé que dans les départements métropolitains¹⁹⁷, tandis que, dans une proportion de l'ordre également de 25-26% (soit environ trois fois plus que dans la France hexagonale, en 2020)¹⁹⁸, la population active locale est privée d'accès à l'emploi avec, pour conséquence, un accroissement exponentiel des inégalités et détresses sociales, sans oublier le coût croissant de la vie¹⁹⁹.

¹⁹⁷ P.E., « Les chiffres alarmants de l'INSEE ». 39 % des Réunionnais sous le seuil de pauvreté », *Le Quotidien de la Réunion et de l'océan Indien*, mardi 30 juillet 2019, p. 4.

¹⁹⁸ B. BISSUEL, « Le taux de chômage atteint 9 % au troisième trimestre, selon l'Insee », *Le Monde*, mercredi 11- jeudi 12 novembre 2020, p. 15.

¹⁹⁹ Le chômage qui sévit à l'état endémique dans toutes les collectivités territoriales périphériques régies par l'article 73 de la Constitution, tout particulièrement à La Réunion,

À l'occasion, voici la conclusion amère qui s'impose. Bien qu'il ait été enfin pleinement appliqué avec la conquête tardive du principe supplétif de l'égalité sociale individuelle au 1^{er} janvier 1996, un demi-siècle après le vote de la loi du 19 mars 1946, le statut départemental est loin d'être irréprochable comme la femme de César. Contrairement à ce qu'on avait pu jadis espérer, dans les milieux progressistes des « quatre vieilles », c'est un statut qui demeure en 2022 foncièrement inégalitaire, dès lors qu'il laisse sur le bord du chemin près de la moitié de la population locale. C'est dire que le statut de département ne peut plus être considéré comme la panacée. Il en est ainsi, dans la mesure où ce statut n'a pas vraiment réussi à faire des Réunionnais des « Français à part entière »²⁰⁰.

À l'issue d'une recherche scientifique impliquant le recours à l'histoire, au droit constitutionnel et au droit administratif français, au droit international public et à la science politique, on peut ainsi mieux mesurer l'ampleur du déclin du statut de département d'outre-mer (DOM), un statut autrefois hissé sur un piédestal. À la limite, on peut même s'interroger sur les chances de survie de cette catégorie de collectivités territoriales ultramarines. Pour être encore plus direct, il apparaît légitime de s'enquérir sur l'avenir institutionnel de La Réunion. Le cadre statutaire de cette île indianocéanique, qui remonte à la loi de départementalisation du 19 mars 1946 et à la Constitution du 27 octobre 1946, serait-il désormais frappé d'une obsolescence chronique ? Plus encore, la revendication de l'assimilation ou intégration juridique des Réunionnais dans l'ancienne puissance administrante qui a fait florès, tout au long du XX^e siècle, avec le concept de département aurait-elle abouti à un échec patent et, pour le dire en toute franchise, à une fausse émancipation ou décolonisation de La Réunion ?

Compte tenu d'une situation économique et sociale, plus que grippée, faut-il alors se résoudre à changer radicalement d'orientation pour éviter une « explosion sociale » qui, pour certains observateurs, semble d'ores et déjà inévitable ? Convient-il de se prononcer en faveur de la préférence régionale – appliquée notamment en Nouvelle-Calédonie en matière d'emploi – dans le cadre

frappe essentiellement et de manière durable la jeunesse. Près de 42 % des jeunes Réunionnais de moins de 25 ans sont en effet privés du « droit d'obtenir un emploi » ou droit au travail qui est pourtant expressément garanti par la norme suprême de la Ve République. Faute souvent de qualification, le désœuvrement d'une jeunesse totalement désorientée et sans réelles perspectives d'avenir peut malheureusement expliquer, au moins en partie, la montée de l'insécurité et de la délinquance.

²⁰⁰ C'est notamment le bilan contrasté de l'intégration établi en 2016 par le sénateur Paul Vergès, à l'occasion d'une « Table ronde ». Voir « La départementalisation vue par les acteurs politiques locaux » in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 243-246 et notamment p. 245.

d'une guerre xénophobe « créole/zoreil »²⁰¹ ? Plus encore, faut-il lutter contre le « *joug colonial français* » et pour une libération effective du peuple réunionnais en faisant émerger une conscience collective nationale afin de remettre « *La Réunion sur les rails du développement* » avec pour objectif une réelle décolonisation et une totale indépendance comme le suggère, sans s'embarrasser de circonlocutions, Bernard Grondin en sa qualité de principal responsable et de porte-parole du LPLP²⁰² ?

Faut-il plus modestement se limiter à une réforme de la départementalisation dans les Outre-mer afin de lui donner une « nouvelle chance » ou un « nouveau souffle », sans pour autant remettre en cause l'appartenance multiséculaire des « quatre vieilles » à la Nation française ? En vérité, ces questions de plus en plus récurrentes confirment la thèse selon laquelle le statut départemental n'est plus, au plan juridique, un aboutissement en soi. À ce sujet, les récents et violents événements protestataires survenus dans les deux principales îles françaises des Antilles, à la fin de l'année 2021, doivent être pris très au sérieux par le Pouvoir central²⁰³. Autant dire, pour être plus concret ou plus précis, que la Guadeloupe et La Réunion ne sont nullement à l'abri de « turbulences institutionnelles ». En toute logique, ces deux territoires ultramarins ne devraient pas rester, longtemps encore, les ultimes collectivités territoriales figées dans leur statut de région monodépartementale, un statut qui a montré des limites désormais atteintes et de plus en plus palpables au cours des dernières décennies.

Pour contrecarrer les résultats jugés insuffisants ou médiocres du statut départemental que nous avons pu constater, notamment aux plans économique et social, le PCR – un parti créé en 1959 par Paul Vergès pour susciter « *l'émergence d'une conscience et d'une parole réunionnaises* » – opte pour une nouvelle ligne politique. Après avoir lutté en vain pour l'ambitieux mais fort ambigu objectif de l'autonomie démocratique et populaire de La Réunion au sein de la République française, entre 1959 et 1981²⁰⁴, puis avec succès pour l'application du principe

²⁰¹ A. ORAISON, « Incompatibilités entre préférence locale à l'emploi et départementalisation », in D. BLANC et F. CAFARELLI, *1946-2016 – Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine. Entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2018, p. 149-168. Voir également G. GONTHIER, « Le dossier. La théorie de Philippe Cadet. La peur du grand remplacement zoreil », *Le Quotidien de La Réunion et de l'océan Indien*, mercredi 27 juin 2018, p. 4-6.

²⁰² B. GRONDIN, « L'indépendance remettra La Réunion sur les rails du développement », *Fanal, Journal Indépendant Réunioné*, 8 mars 2015, p. 1.

²⁰³ S. AUFFRET, « Dans les Antilles, la défiance face au vaccin et à l'État. L'opposition à la vaccination en Guadeloupe et en Martinique masque un rejet de la politique menée par Paris », *Le Monde*, jeudi 25 novembre 2021, p. 10.

²⁰⁴ A. ORAISON, « Quelques réflexions critiques sur le Parti communiste réunionnais », *APOI*, 1978, volume V, p. 107-134.

de l'égalité sociale individuelle, entre 1981 et 1996, le PCR – un parti aujourd'hui en perte de crédibilité dans l'opinion publique – entend agir pour permettre aux Réunionnais d'acquérir une plus grande responsabilité au sein de la République.

Rendu possible au plan juridique par l'opportune révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le nouvel objectif à atteindre par les responsables et militants du PCR tourne en quelque sorte le dos à l'intégration par la voie de la départementalisation, la solution institutionnelle qui avait pourtant été prônée avec foi et détermination par leurs aînés communistes au sein du CRADS, après la Libération. Depuis le IX^e Congrès du PCR tenu à Sainte-Suzanne, le 5 février 2017, un nouveau logiciel est ainsi proposé aux Réunionnais pour faire en sorte qu'ils ne soient plus des « Français entièrement à part ». Tout en souhaitant que l'île de La Réunion demeure régie par l'article 73 de la Constitution de la Ve République afin de lui permettre de continuer à bénéficier du principe d'identité législative qui est le véritable critère de sa décolonisation, au plan juridique, le PCR propose une réforme qui doit conduire à la fusion du département et de la région des Mascareignes : une réforme clarificatrice et désormais possible en vertu du septième et dernier alinéa de l'article 73 de l'actuelle norme suprême²⁰⁵.

Le parti « vergésien » se déclare favorable à la création d'une collectivité territoriale unique (CTU) administrée par une assemblée élue à la représentation proportionnelle intégrale afin de tendre vers une gestion beaucoup plus démocratique et efficiente des affaires locales et dotée d'un « *Fonds de développement alimenté par les concours financiers croisés de l'Union européenne, de l'État français et de La Réunion dans le cadre d'un partenariat équitable et solidaire* ». Plus encore, cette collectivité territoriale unique devrait pouvoir bénéficier de « *compétences élargies* » afin de lui permettre de légiférer par habilitation, selon le cas, du Parlement ou du Gouvernement, en application notamment de l'article 73, alinéa 3, de la Constitution, dans une série de matières non régaliennes mais néanmoins stratégiques comme la coopération régionale, l'économie et l'emploi, l'enseignement et la culture, la fiscalité locale, les énergies renouvelables, la protection de l'environnement et les transports publics²⁰⁶. Si cette réforme statutaire est aujourd'hui revendiquée par diverses composantes de la gauche réunionnaise et, en tout premier lieu, par le PCR, elle exige toutefois un indispensable et préalable « *déverrouillage constitutionnel* ». Celui-ci implique la suppression pure et simple du cinquième alinéa de l'article 73 de la Constitution, un alinéa assimilé par l'ensemble des forces doctrinales –

²⁰⁵ A. ORAISON, « Plaidoyer pour la fusion de la région et du département de La Réunion », *RJOI*, 2014, n° 19, p. 139-168.

²⁰⁶ A. ORAISON, « Les dernières propositions du sénateur Paul Vergès au plan institutionnel (Des réformes considérées comme nécessaires pour permettre aux Réunionnais de prendre leurs responsabilités au sein de la République) », *RRJDP*, 2017, n° 3, p. 1117-1153.

et ce, dès le vote de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 – à une « *pure ineptie* » ou « *absurdité juridique* »²⁰⁷.

Malgré les critiques portant aujourd’hui sur le statut de département d’outre-mer – un statut qui a été conféré à chacune des « quatre vieilles » après la Libération – et notamment celles qui sont formulées à La Réunion par les autonomistes du PCR et les indépendantistes du LPLP, il n’en est pas moins vrai qu’après l’étape primordiale de la liberté obtenue avec l’abolition définitive de l’esclavage le 20 décembre 1848, la loi de départementalisation du 19 mars 1946 qui se prononce pour leur intégration au plan organisationnel dans la République constitue une étape transitoire importante et digne, par suite, d’être mentionnée dans l’histoire des quatre plus anciennes dépendances françaises ultramarines. Ce texte législatif doit être considéré comme un acte précurseur à leur décolonisation au plan juridique qui avait été revendiquée, dès 1945, par leurs représentants élus à la première Assemblée nationale constituante. C’est une décision annonciatrice de l’égalité entre Ultramarins et Métropolitains, au moins au plan formel, une égalité tant convoitée et espérée qui sera enfin acquise le 24 décembre 1946 – la date d’entrée en vigueur officielle de la norme suprême de la IV^e République – avec l’admission du principe constitutionnel d’identité législative et, au plan réel, à partir du 1^{er} janvier 1996 avec la consécration du principe de l’égalité sociale individuelle, à la suite de requêtes incessantes des forces progressistes ultramarines pendant toute la seconde moitié du XX^e siècle.

Pour cette raison et au même titre que le jour radieux du 20 décembre 1848 qui succède à la longue et sinistre nuit de l’esclavage, la date fondatrice de la décolonisation de La Réunion, au plan juridique, ne devrait en aucun cas être oubliée car c’est la seconde date majeure dans la courte histoire de cette île. Faut-il par ailleurs préciser que, dans tous les pays qui ont été jadis colonisés et placés sous la subordination directe, voire le mandat, le protectorat ou la tutelle de puissances européennes, le jour anniversaire de leur émancipation qui résulte de leur accession à l’indépendance est reconnu et, plus encore, érigé au rang de fête nationale ? Dès lors, certains parlementaires ou responsables de partis politiques ont proposé, par mimétisme, de reconnaître solennellement la date jugée symbolique et historique du 19 mars 1946 et de « déclarer cette date anniversaire, jour férié et chômé » pour les Guadeloupéens, les Guyanais, les Martiniquais et les Réunionnais, au même titre que la date du 20 décembre 1848, elle-même officiellement célébrée à La Réunion comme « jour férié et chômé » depuis le 20 décembre 1983. En ce sens, on doit mentionner la proposition de loi déposée, au nom du PCR, par le sénateur communiste Paul Vergès et enregistrée à la présidence du Sénat le 12 février 2016²⁰⁸.

²⁰⁷ Voir notamment A.-M. LE POURHIET, « À propos du nouvel article 73 de la Constitution », *RFDA*, 2003, n° 4, p. 890.

²⁰⁸ Consulter à ce sujet <http://www.senat.fr/leg/pp15-400.html>.

Cependant, compte tenu de la thèse soutenue dans la présente étude, c'est un autre point de vue qui, à notre humble avis, devrait s'imposer. Au plan strictement juridique, la date de la décolonisation de l'île de La Réunion, n'est ni celle du mardi 19 mars, ni celle du jeudi 21 mars 1946 qui correspond à la mise en œuvre du statut départemental, envisagé *stricto sensu*. C'est, sans contestation possible, la date du mardi 24 décembre 1946 qui, conformément à l'article 98 de la Constitution du 27 octobre 1946, fait coïncider l'entrée en application de la norme suprême avec le jour de la première réunion du Conseil de la République. C'est bien cette date qui devrait éventuellement être célébrée comme « jour chômé et férié ». C'est en effet la date à laquelle le principe constitutionnel d'identité législative – un principe fondamental sollicité avec opiniâtreté par les députés progressistes ultramarins et synonyme de décolonisation au plan formel – a vocation à produire des effets de droit dans les quatre nouveaux départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, dès l'entrée en vigueur de la Constitution de la IV^e République et de son article 73, un article stratégique et incontournable, au demeurant confirmé par l'article 73 de la norme suprême de la V^e République.

Étude achevée à Saint-Denis de La Réunion, le jeudi 3 mars 2022

Articles

**DROIT PUBLIC
DROIT PÉNAL**

Les inéligibilités-sanctions et la moralisation de la représentation politique nationale et locale

Thomas SORRES

Université de La Réunion

Lauréat du Prix LexOI 2021

Résumé :

La vertu des représentants politiques est une condition essentielle du bon déroulement du processus conduisant à leur désignation, à tout le moins dans les démocraties représentatives. Aussi, l'un des moyens de rétablir la confiance des citoyens en leurs décideurs nationaux et locaux consiste à prévoir des dispositifs permettant de moraliser la vie politique. L'un de ces outils est la mise à l'écart temporaire des candidats et des élus du jeu démocratique, à raison de manquements divers et variés, par la perte de leur éligibilité décidée à titre de sanction juridictionnelle dans le champ du droit électoral et dans celui du droit pénal. Une moralisation de la représentation politique nationale et locale française s'opère-t-elle efficacement par la mise en œuvre de ce mécanisme ? C'est à cette question que tente de répondre le présent travail de recherche.

En premier lieu, par l'étude de l'architecture de ces sanctions, l'auteur s'attache à démontrer que leur régime participe effectivement à la moralisation de la vie politique selon des échelles distinctes en fonction du manquement réprimé. En second lieu, l'analyse se concentre sur la mise en œuvre juridictionnelle de ces sanctions.

À l'heure d'une défiance généralisée envers les politiques et suite aux nombreuses évolutions législatives survenues au cours des trente dernières années, le système actuel de la perte par un élu local ou national de l'éligibilité consécutive à une décision du juge électoral ou du juge pénal – sans représenter un obstacle infranchissable pour les politiques réfractaires à

l'exemplarité – constitue tout de même une arme de dissuasion importante en matière de comportements et d'agissements incompatibles avec la qualité de représentant politique.

Mots-clés :

Inéligibilité – Sanction juridictionnelle – Vie politique – Moralisation – Droit électoral – Droit pénal.

Abstract:

The virtue of political representatives is an essential condition for the proper functioning of the process leading to their designation, at least in representative democracies. Therefore, one way of restoring the confidence of citizens in their national and local decision-makers is to provide for mechanisms to make political life more ethical. One such tool is the temporary exclusion of candidates and elected officials from the democratic process, due to various breaches, by the loss of their eligibility decided as a legal sanction in the field of electoral law and in that of criminal law. Does the implementation of this mechanism effectively moralise French national and local political representation? This is the question that the present research work attempts to answer.

Firstly, by studying the architecture of these sanctions, the author endeavours to demonstrate that their regime effectively contributes to the moralisation of political life depending on the infringement punished. Secondly, the analysis focuses on the jurisdictional implementation of these sanctions.

At a time of generalised mistrust of politicians and following the numerous legislative changes that have occurred in the last thirty years, the current system of loss of eligibility by a local or national elected official following a decision by the electoral or criminal court – without representing an insurmountable obstacle for politicians who are reluctant to set an example – nevertheless constitutes an important deterrent in terms of behaviours and actions incompatible with the status of political representative.

Keywords:

Ineligibility – Jurisdictional Sanction – Political Life – Moralisation – Electoral Law – Criminal Law.

SOMMAIRE

Introduction

I. L'architecture des régimes d'inéligibilités-sanctions au service de la moralisation de la vie politique

A. La moralisation par la dualité du champ matériel et organique des inéligibilités-sanctions

B. La micro-moralisation inégale du corps des représentants politiques

Conclusion du I.

II. La mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions au renfort de la moralisation de la vie politique

A. Un cadre constitutionnel et européen peu contraignant à l'égard du prononcé de la sanction d'inéligibilité

B. Des différences à la complémentarité des offices juridictionnels dans le prononcé des sanctions d'inéligibilité

Conclusion du II.

Conclusion générale

Introduction

« *La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible. On peut définir cette vertu, l'amour des lois et de la patrie (...). Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties. Dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen. Or, le gouvernement est comme toutes les choses du monde : pour le conserver, il faut l'aimer* »¹.

La vertu des représentants politiques est une condition essentielle pour le bon déroulement du processus conduisant à leur désignation dans une démocratie représentative² telle que la nôtre. En effet, qu'elle se réalise à l'échelon local ou national, « *cette action, qui dépend du droit de suffrage, suppose dans un régime démocratique une relation de confiance entre l'électorat et ceux qui briguent les mandats électifs. Si un tel lien est rompu, notamment suite à la remise en cause de la probité ou de la moralité des hommes politiques, ce droit ne représente plus l'acte important de désigner le gouvernement de la Cité, mais un pensum qu'il s'agit d'évacuer au plus vite, voire de négliger* »³. Force est pourtant de constater l'existence d'un « *déficit [croissant] de légitimité des politiques eux-mêmes, déficit d'où procède la défiance [des gouvernés] à l'égard de leur capacité à exercer la tâche qui leur a été confiée* »⁴ symptomatique de la fameuse crise de la démocratie représentative. L'un des moyens de rétablir ce lien de confiance des citoyens vis-à-vis des décideurs, et en conséquence de ramener à l'esprit des premiers la vertu politique des seconds, consiste à prévoir des dispositifs permettant de moraliser la vie politique.

L'un de ces outils est la mise à l'écart temporaire des candidats et des élus attendant à la sincérité du jeu démocratique, à raison de manquements divers et variés, par le mécanisme de l'inéligibilité prononcée à titre de sanction, autrement intitulé « *inéligibilité-sanction* »⁵. L'étude de celle-ci nécessite de préciser préalablement ce que les notions d'« éligibilité » et d'« inéligibilité » recouvrent.

¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1748), in *Œuvres Complètes Bibliothèque de La Pléiade*, Gallimard, 1951, Livre IV, Chapitre 6, p. 267.

² S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 366 : « *Forme de démocratie dans laquelle les citoyens donnent mandat à certains d'entre eux d'exercer le pouvoir en leur nom et à leur place* ».

³ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, Thèse, Université d'Aix-Marseille III, 1999, p. 5.

⁴ M.-A. COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, vol. 18, n°2, 2004, pp. 41-61.

⁵ R. GHEVONTIAN, « Les inéligibilités-sanctions », *Les Cahiers du CNFPT*, n°45, 1995, pp. 91-99.

Entendue comme « *l'aptitude juridique à être élu* »⁶, sera préférée la définition retenue par M. Jacky Galvez dans sa thèse : « *l'éligibilité est une liberté fondamentale, qui permet dans le cadre d'un régime démocratique d'accéder aux mandats électifs* »⁷. Il apparaît ainsi que la liberté de pouvoir accéder aux mandats électoraux, quels qu'ils soient, « *tend à se confondre avec la capacité électorale des citoyens, c'est-à-dire avec leur droit d'être inscrit sur une liste électorale* »⁸.

Le principe d'éligibilité connaît par ailleurs une interprétation extensive, fruit d'une lecture généreuse de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. Aux termes de cet article, « *tous les Citoyens [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». En conséquence, les Sages de la rue de Montpensier ont jugé que le législateur « *ne saurait priver un citoyen du droit d'éligibilité dont il jouit en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que dans la mesure nécessaire au respect du principe d'égalité devant le suffrage et à la préservation de la liberté de l'électeur* »⁹.

L'inéligibilité se définit ainsi logiquement comme l'impossibilité d'accéder à un mandat électif public. Plus précisément, il s'agit de « *la situation juridique privant une personne du droit d'être candidate et d'être élue à une élection* »¹⁰. Dès lors, en tant qu'une telle privation porte atteinte au droit d'éligibilité, au principe d'égalité devant le suffrage et à la liberté de l'électeur, les inéligibilités « *relèvent de la compétence du législateur au sens de l'article 34 de la Constitution et doivent être nécessaires, adaptées, proportionnées et interprétées strictement, même si le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle restreint sur leur constitutionnalité* »¹¹.

Une distinction doit alors être opérée entre les inéligibilités fonctionnelles et les inéligibilités prononcées à titre de sanction sur lesquelles nous reviendrons. S'agissant des inéligibilités fonctionnelles, celles-ci peuvent être soit « absolues » lorsqu'elles font obstacle à toute candidature à une élection pendant un temps

⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, 2018, p. 393.

⁷ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, *op. cit.*, p. 10.

⁸ Y. GAUDEMET, B. MALIGNER, G. PRUNIER et S. COTTIN, *Chapitre 1 (folio n°11210) - Élections locales : candidature*, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2018, §12.

⁹ Cons. constit., 06 avril 2012, n° 2012-230 QPC, *M. Pierre G.*

¹⁰ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, 2019, p. 386. L'auteur s'appuie sur les décisions suivantes : Cons. constit., 12 avril 2011, n° 2011-628 DC, *Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs* ; Cons. constit., 05 juillet 2015, n° 2013-326 QPC, *M. Jean-Louis M.*

¹¹ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, *op. cit.*, p. 386.

donné, soit « relatives » lorsqu'elles empêchent de se porter candidat dans certains cas en fonction de critères géographiques et temporels.

Par ailleurs, les inéligibilités ne doivent pas être assimilées à une catégorie voisine, celle des incompatibilités qui empêchent l'exercice concomitant de certains mandats électifs publics, ou celui d'une fonction et d'un mandat particuliers. Ces dernières n'intervenant qu'une fois les résultats de l'élection proclamés, elles concernent seulement les personnes élues.

À côté de la catégorie des inéligibilités fonctionnelles, l'inéligibilité peut également intervenir à titre de sanction, ce qui sera l'objet de la présente étude. À ce titre, il convient de relever que les expressions d'« inéligibilités-sanctions » ou de « sanctions d'inéligibilité » désigneront les peines prononcées par le juge pénal et les sanctions déclarées par le juge électoral. Une telle exclusion du jeu démocratique, pouvant être déclarée par le juge de l'élection – qu'il s'agisse du juge administratif ou du Conseil constitutionnel – ou prononcée par le juge pénal, s'analyse comme une sanction « *affectant le droit dont jouit chaque citoyen d'être candidat à des élections politiques, en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et son corollaire, la liberté des électeurs de choisir leurs représentants découlant de l'article 3 de la Constitution de 1958* »¹². De manière générale, ces sanctions empêchent les personnes à l'encontre desquelles elles sont prononcées de se présenter aux élections politiques. Nous verrons qu'en fonction du juge mais aussi de l'échelon concerné (national ou local), tant la mise en œuvre de la sanction d'inéligibilité que ses effets – notamment en ce qui concerne la perte ou non du mandat en cours d'exécution – diffèrent.

Nous estimons que ces inéligibilités-sanctions, qu'elles soient prononcées par le juge répressif ou déclarées par le juge de l'élection, jouent un rôle majeur en matière de moralisation de la vie politique. « *Entendue à la fois [comme] un processus, la mise en conformité des mœurs par rapport à un référentiel moral donné, et un résultat, l'assainissement des mœurs du personnel politique et plus largement de la vie publique* »¹³, la moralisation de la vie politique, tel que le relève le Professeur Philippe Blachère, « *ne correspond cependant pas exactement au processus de soumission de l'action des gouvernants à la morale privée. Les textes législatifs qui encadrent l'activité politique [...] sont les vecteurs d'une sorte de morale publique (celle qui porte sur les conduites des acteurs politiques)*

¹² CE, avis, 14 février 2019, n° 395384, *Proposition de loi n°788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale*.

¹³ R. WEISS, « La moralisation de la vie publique à la française face aux standards européens », *Fondation Jean Jaurès*, 27 mars 2018, (<https://jean-jaures.org/nos-productions/la-moralisation-de-la-vie-publique-a-la-francaise-face-aux-standards-europeens> – dernière consultation le 30 mai 2022).

[...] qui impose aux décideurs de se conformer à certaines exigences perçues comme des marqueurs du respect de la probité et de l'exemplarité »¹⁴.

Sous la V^e République, la moralisation de la vie politique s'est matérialisée par l'adoption d'un corpus législatif conséquent en réponse à différents scandales politico-financiers illustrant les dérives de la présence excessive de l'argent et l'impact de manœuvres frauduleuses sur le jeu démocratique. Entre 1970 et 1980, une quantité faramineuse d'affaires avait entaché la vie politique française¹⁵. Mais c'est véritablement la révélation des affaires « *Carrefour du développement* »¹⁶ et « *Luchaire* »¹⁷ qui conduira le Président de la République d'alors, M. François Mitterrand, à inviter son Premier ministre, M. Jacques Chirac, à déposer un projet de loi centré sur l'assainissement du financement de la vie politique. Ainsi débuta le *premier mouvement de moralisation* avec les importantes lois organique et ordinaire du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique¹⁸ qui instituèrent deux innovations majeures avec la déclaration de

¹⁴ P. BLACHÈRE, « Moraliser la politique par la loi ? Observations sur les lois "confiance dans la vie politique" », *RDP* 2018, p. 339.

¹⁵ A. GRANERO, « L'articulation entre le droit pénal et le droit administratif : le tournant de 1988 », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, pp. 16-17 : « En 1970, c'est le scandale de la construction des abattoirs de La Villette. En 1971, André RIVES-HENRYS, PDG de la garantie foncière, est inculpé d'abus de biens sociaux et d'usage de son titre de député à des fins de publicité commerciale. Édouard DEGA, frère d'un ancien collaborateur du Premier ministre, est inculpé de falsification de déclaration d'impôts mettant en cause 5 ministres. En 1972, c'est l'affaire des pots de vins à l'ORTF, qui met en cause le suppléant de l'ancien président de l'Assemblée nationale, Achille PERETTI. Le député CHARRET doit quitter son parti après l'affaire de prostitution à Lyon dite des écuries du Roy. En 1973, le député centriste de la Loire CHAZALON est inculpé de faux en écriture dans l'affaire des ferrailleurs de Lyon. Les affaires continuent à se multiplier mettant en scène des hommes politiques importants comme M. DASSAULT, accusé d'avoir fraudé le fisc pour une affaire concernant le journal de J. CHIRAC, *L'essor du Limousin*. En 1978, c'est l'affaire des avions renifleurs et, en 1979-1980, le Président V. GISCARD d'ESTAING sera mis en cause par la révélation de cadeaux et diamants offerts par l'Empereur de Centrafrique BOKASSA [...] ».

¹⁶ S'agissant d'un scandale politico-financier relatif à un détournement de près de 27 millions de francs entre 1984 et 1986 orchestré par M. Christian NUCCI, ministre délégué à la coopération et au développement, et M. Yves CHALIER, son chef de cabinet, et reposant sur un système de fausses factures couvrant des dépenses fictives de l'« Association du Carrefour du Développement ».

¹⁷ Il est question d'affaire impliquant M. Charles HERNU, ministre de la Défense, M. Jean-François DUBOS, chargé de mission au cabinet de ce ministre ainsi que le président directeur général de la société d'armement Luchaire, M. Daniel DEWAVRIN. Entre 1982 et 1986, près de 450 000 obus ont été exportés par cette société d'armement vers l'Iran, avec l'assentiment de M. Charles HERNU. Le Parti socialiste a également bénéficié de fonds issus de ce trafic illégal d'armement.

¹⁸ Loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique ; Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

patrimoine et la nécessité d'établir un compte de campagne. Puis la loi ordinaire du 15 janvier 1990 *relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*¹⁹ et la loi organique du 10 mai 1990 *relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*²⁰ confèrent la faculté au juge de l'élection de sanctionner d'inéligibilité le candidat ou l'élu ne respectant pas les règles relatives à la bonne tenue de son compte de campagne et/ou au financement des campagnes électorales. Elle créa par ailleurs une autorité administrative indépendante occupant une place de premier ordre en termes d'inéligibilité-sanction, et plus largement de contrôle du financement de la vie politique : la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Enfin, par la loi du 19 janvier 1995 *relative au financement de la vie politique*²¹, une peine automatique d'inéligibilité sanctionnant les auteurs d'infractions portant atteinte à la probité a été introduite au sein du Code pénal. Comme le constate Mme Aurore Granero, « *l'inéligibilité-sanction, grâce aux lois de 1988, 1990 et 1995 a conduit à sanctionner la présence excessive de l'argent dans la vie politique, que ce soit pour alimenter une campagne électorale ou pour mettre en place des réseaux de financement occultes visant à assurer la promotion d'un candidat ou d'un parti* »²². Un second mouvement de moralisation de la vie politique, plus récent, fut initié à la suite de la tristement célèbre affaire « Cahuzac »²³ et conduira à l'adoption des importantes lois ordinaire et organique du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*²⁴ et à la création d'une autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, ayant un rôle important en matière d'inéligibilité-sanction comme nous le verrons. Dans le sillage de l'affaire « Fillon »²⁵, un dernier « choc de confiance »²⁶ est intervenu

¹⁹ Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

²⁰ Loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés

²¹ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

²² A. GRANERO, « L'articulation entre le droit pénal et le droit administratif : le tournant de 1988 », *ibid.*, pp. 24-25.

²³ M. Jérôme CAHUZAC, alors ministre du Budget, a été reconnu coupable de fraude fiscale, de blanchiment de fraude fiscale et de déclaration mensongère de son patrimoine par la cour d'appel de Paris en 2018. Près de 3,5 millions d'euros ont ainsi été dissimulés par M. CAHUZAC.

²⁴ Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

²⁵ En pleine campagne présidentielle de 2017, M. François FILLON est accusé d'avoir fait bénéficier à son épouse, Mme Pénélope FILLON, d'un emploi fictif d'assistante parlementaire. Ils ont été reconnus coupables en juin 2020 de détournement de fonds publics, les sommes détournées s'élevant à près d'un million d'euros.

²⁶ P. VILLENEUVE, « Autour des mots... moralisation, confiance, transparence, exemplarité... », *AJCT* 2017, p. 596.

avec les lois ordinaire et organique du 15 septembre 2017 *pour la confiance dans la vie politique*²⁷, adoptées seulement quatre mois après la fin des élections présidentielles, qui ont grandement modifié le rôle du juge pénal en matière d'inéligibilité-sanction. À l'issue de ces deux mouvements de moralisation, le juge – électoral comme pénal – dispose à l'heure actuelle d'un arsenal particulièrement étoffé pour sanctionner d'inéligibilité les édiles qui manqueraient de vertu politique.

Cette moralisation de la vie politique par le juge peut être entendue, selon l'expression de M. Bélich Nabli, comme un phénomène de « *moralisation-juridicisation* »²⁸ : « *la conjugaison de la 'moralisation' et de la 'juridicisation' de la vie politique s'inscrit en effet dans un mouvement de consécration de la règle morale – la vertu, l'exemplarité, etc. – par la règle de droit contraignante fondée sur le principe de transparence* »²⁹. Néanmoins, l'action du juge, quel qu'il soit, consistant à exclure temporairement un élu ou un candidat du jeu démocratique, postérieurement au choix exprimé par le peuple souverain, pose nécessairement question quant à la légitimité d'une telle intervention. En effet, comme le remarquait déjà M. Jacky Galvez en 1999, « *à quel titre lui revient-il d'être le régulateur des activités politiques, ou de la moralité politique ? Sur quels fondements une juridiction va-t-elle censurer la légitimité populaire ? Pourquoi aller aussi ouvertement à l'encontre de la séparation des pouvoirs ?* »³⁰. Cette incursion de la figure du juge au plus près de la sphère démocratique reviendrait ainsi à méconnaître le rôle de la loi en la matière. Or, force est d'admettre que, « *du point de vue du droit, cela n'a pas beaucoup de sens. La légitimité doit se trouver dans le droit lui-même et ne peut être discutée comme processus distinct de celui-ci* »³¹. En ce sens, l'intervention du juge se justifie amplement du fait de la particulière fondamentalité de la liberté en cause – le droit d'être élu – et de l'impérieuse nécessité de décider ou non de retenir une sanction si lourde de conséquences sur le plan politique – la mise à l'écart temporaire du jeu démocratique – en toute indépendance et impartialité. Il faut alors remarquer qu'une telle juridictionnalisation témoigne d'« *une certaine vision de la séparation des pouvoirs [...] : en garantissant l'accession régulière des élus au*

²⁷ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique ; Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

²⁸ B. NABLI, « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *Pouvoirs*, vol. 154, n°3, 2015, pp. 149-161.

²⁹ *Idem.*

³⁰ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, *op. cit.*, p. 19.

³¹ A. BAVITOT, « Les mutations de la peine d'inéligibilité », in J.-M. BRIGANT (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, 2018, p. 145.

pouvoir, le juge assure la régularité et donc l'effectivité de la séparation des pouvoirs »³².

Malgré cette intervention salutaire du juge pour garantir la bonne santé du jeu démocratique via l'inéligibilité-sanction, il faut constater que la confiance des citoyens vis-à-vis du monde politique en général et de ses représentants légitimes est, si ce n'est minime, au moins fortement relative. Comme l'indique très justement M. Bélich Nabli, « *le régime de la V^e République est confronté à un phénomène d'érosion de la confiance politique nécessaire au lien civique constitutif de toute démocratie. La traditionnelle dichotomie gouvernants/gouvernés s'est transformée en fracture, les premiers étant accusés par les seconds d'incompétence, d'impuissance, de non-représentativité, ou encore d'immoralité* »³³. En ce sens, les résultats des enquêtes menées chaque année depuis décembre 2008 par le Centre de recherches politiques de Sciences Po (CEVIPOF), prenant la forme de « *Baromètres de la confiance politique* »³⁴, permettent de se rendre compte de l'ampleur du phénomène. Sur la période allant de 2009 à 2019, à la question « *qu'éprouvez-vous pour la politique ?* », 79 % des sondés ont indiqué avoir un sentiment négatif se traduisant par de la méfiance pour 39 % d'entre eux et par du dégoût pour 28 %³⁵. Au cours de cette décennie, 74 % des Français interrogés ont considéré que les responsables politiques étaient « *plutôt corrompus* » quand 23 % seulement jugeaient ces derniers « *plutôt honnêtes* »³⁶. Le Baromètre de la confiance politique publié cette année, reposant sur une enquête menée par l'entreprise de sondages politiques *Opinion Way* pour le CEVIPOF, ne tranche pas véritablement avec la tendance observée sur la période 2009-2019 : 39 % des personnes interrogées éprouvent du « *dégoût* » à l'égard de la politique, tandis que 65 % des sondés considèrent les responsables politiques comme « *plutôt corrompus* »³⁷.

Expression évidente d'un manque de confiance généralisé des citoyens en leurs représentants, il demeure toutefois un écart significatif séparant la perception de l'opinion publique quant à la moralité supposée défaillante des décideurs, et la réalité de l'arsenal juridique déployé pour assurer la moralisation de la vie politique. À ce titre, Mme Béatrice Guillemont relève que deux hypothèses sont alors envisageables : « *soit le personnel politique est probe à quelques exceptions*

³² A. VIDAL-NAQUET et X. MAGNON, « Quel(s) "juge(s)" pour les élections : le chemin dyspraxique de la modélisation à la mise en œuvre pratique », *AJJC* 2019, pp. 23-34.

³³ B. NABLI, « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *ibid.*

³⁴ Reposant sur des sondages réalisés auprès d'échantillons de personnes représentatives de la population française et inscrites sur les listes électorales.

³⁵ M. CHEURFA et F. CHANVRIL, « 2009-2019 : la crise de la confiance politique », Baromètre de la confiance politique, *Sciences Po CEVIPOF*, janv. 2019, p. 7.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Opinion Way*, « En qu(o)i les Français ont-ils confiance aujourd'hui ? », Baromètre de la confiance politique – vague 12, *Sciences Po CEVIPOF*, fév. 2021, p. 47 et p. 54.

près, auquel cas il est impossible de vérifier si les dispositions légales sont effectives, les individus étant vertueux sans avoir besoin de norme répressive ; soit les personnes politiques sont, tel l'iceberg flottant au-dessus de la majorité des corrompus grâce à la poussée d'Archimède, la seule partie visible, auquel cas le droit est un gruyère que les improbables traversent aisément et en toute discrétion »³⁸. Quoiqu'il en soit, rien ne permet d'établir objectivement que le défaut de probité soit une 'qualité' inhérente à la représentation politique nationale et locale. D'ailleurs, le rapport publié par l'Observatoire SMACL sur le risque pénal des élus locaux en 2020 – concernant certes exclusivement l'échelon local et la matière pénale – ne conforte nullement l'opinion des Français quant à un prétendu défaut chronique de vertu politique de leurs représentants. Aux termes de celui-ci, « au 1^{er} janvier 2020, la France comptait 565 833 élus locaux. Si l'on rapporte le nombre de poursuites contre les élus locaux à ce chiffre, cela donne un taux de mise en cause pénale de... 0,302 % toutes infractions confondues (y compris pour des faits où la probité des élus n'est pas en jeu) »³⁹. Il ressort également de cette enquête que « près de six élus poursuivis sur dix bénéficient au final d'une décision favorable »⁴⁰. Ainsi, entre 1995 et 2020, sur un total de 4 349 poursuites pénales engagées à l'encontre d'élus locaux, seules 1 426 condamnations ont été prononcées⁴¹. Il est donc loin d'être question d'une corruption généralisée qui concernerait la majorité de nos élus.

En tout état de cause, à l'heure d'une défiance généralisée envers les politiques et suite aux nombreuses évolutions législatives survenues au cours des trente dernières années, il nous est apparu fort intéressant de mener une étude de l'état du droit positif relativement aux inéligibilités-sanctions applicables à la représentation politique nationale et locale. Une telle analyse permettra ainsi notamment d'établir un parallèle entre l'avis de l'opinion publique sur les prétendues carences de leurs représentants en termes de vertu politique à la réalité de l'arsenal juridique existant en matière de mise à l'écart temporaire du jeu démocratique. Notamment, l'étude s'attachera à démontrer que le système actuel, sans pour autant constituer un obstacle infranchissable pour les politiques réfractaires à l'exemplarité, représente tout de même une arme de dissuasion importante en matière de comportements et d'agissements incompatibles avec la qualité de représentant politique.

Dans le cadre de ce travail de recherche, l'ensemble des peines d'inéligibilité prononcées par le juge pénal seront traitées. Par ailleurs, seront

³⁸ B. GUILLEMONT, « L'effectivité du droit pénal en matière électorale : un personnel politique condamné ? », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 67.

³⁹ Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale, *Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, 2020, p. 15.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

étudiées la quasi-totalité des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral, à l'exception de celles réprimant le refus d'exercer des fonctions confiées par la loi visant les conseillers municipaux⁴² et départementaux⁴³ en tant que leur mise en œuvre ne s'inscrit pas selon nous dans une volonté de moraliser la vie politique. Concernant les élections politiques prises en compte, il s'agira des élections locales de droit commun, des élections parlementaires et de l'élection présidentielle dans une moindre mesure. Cependant, seront exclues de cette étude les élections spéciales dans certains territoires de la République et plus spécifiquement les régimes électoraux d'Outre-mer⁴⁴, afin de pouvoir se concentrer sur le régime général applicable à la majeure partie des inéligibilités-sanctions⁴⁵. Enfin, ne seront pas abordées les élections parlementaires européennes : d'une part, l'étude se focalise sur la moralisation de la vie politique via les inéligibilités-sanctions à l'échelle nationale et locale ; d'autre part, la loi du 07 juillet 1977 *relative à l'élection des représentants au Parlement européen*⁴⁶ prévoit à son article 5 que le régime des inéligibilités défini au niveau national est en tout état de cause applicable à l'élection des représentants au Parlement européen.

Cette étude s'attachera ainsi à répondre à la problématique suivante : **Les inéligibilités-sanctions participent-elles de manière pertinente à la moralisation de la vie politique nationale et locale ?**

La réponse à cette interrogation nécessitera de se focaliser sur l'architecture-même des régimes d'inéligibilité-sanctions afin de constater qu'à travers eux une finalité de moralisation de la vie politique est poursuivie à des échelles différentes (I). Puis l'examen de la mise en œuvre juridictionnelle de ces sanctions permettra de s'intéresser à la pertinence, en termes de moralisation, de cet ensemble nébuleux visant la représentation politique nationale et locale (II).

⁴² Art. L. 235 du Code électoral.

⁴³ Art. L. 204 du Code électoral.

⁴⁴ Assemblées de Guyane et de Martinique, Assemblée territoriale des Îles Wallis-et-Futuna.

⁴⁵ Par ex., pour les élections aux assemblées de Guyane et de Martinique, on remarquera que le Code électoral a malencontreusement laissé subsister l'ancien droit en vigueur ; Art. L. 558-14 du Code électoral : « *Peut être déclaré inéligible pendant un an celui qui n'a pas déposé son compte de campagne dans les conditions et le délai prescrits par l'article L. 52-12 et celui dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit* ».

⁴⁶ Loi n° 77-729 du 07 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen.

I. L'architecture des régimes d'inéligibilités-sanctions au service de la moralisation de la vie politique

L'étude des inéligibilités-sanctions prononcées à l'encontre de la représentation politique nationale et locale implique d'approcher cet univers – celui de la mise à l'écart temporaire du jeu démocratique – à la fois matériellement et organiquement. En effet, le dualisme structurant ces sanctions conduit à l'intervention du juge électoral et du juge pénal, d'où la distinction de deux champs : *d'une part*, celui de la matière pénale nécessairement dévolue au juge répressif ; *d'autre part*, celui de la matière électorale renvoyant en priorité au juge de l'élection sans pour autant exclure le juge pénal.

Selon nous, cette architecture duale des régimes d'inéligibilités-sanctions illustre un double mouvement s'exerçant sur la vie politique : une « micro-moralisation » du corps des représentants politiques par l'œuvre conjointe des juges électoral et pénal, et une « macro-moralisation » de ce personnel politique par le seul office du juge répressif. À ce titre, la distinction entre « micro-moralisation » et « macro-moralisation » avait déjà été posée par M. Jacky Galvez dans sa thèse sur les inéligibilités-sanctions⁴⁷. Toutefois, celui-ci entendait alors la « macro-moralisation » de la vie politique comme un mouvement initié par la répression des manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales ; la « micro-moralisation » visant quant à elle des inéligibilités prononcées à raison d'autres manquements réprimés par le juge pénal.

Notre propos tend à envisager la sanction d'inéligibilité comme un outil de moralisation de la vie politique au regard de la sphère concernée (A). Au soutien de cette approche résolument organique et matérielle, il est opportun de s'engager également sur la voie du champ d'application personnel des inéligibilités-sanctions, et plus précisément sur le terrain de la contrainte asymétrique caractérisant la micro-moralisation s'exerçant à l'heure actuelle vis-à-vis des parlementaires et des candidats et élus à la présidence de la République (B).

⁴⁷ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, *op cit.*

A. La moralisation par la dualité du champ matériel et organique des inéligibilités-sanctions

L'approche matérielle et organique des inéligibilités-sanctions visant la représentation politique nationale et locale met en exergue l'existence d'un double mouvement quant à la finalité de cette mise à l'écart temporaire des édiles fautifs.

Le premier mouvement peut être qualifié de « micro-moralisation » de la vie politique. Celui-ci repose sur des sanctions d'inéligibilité qui intéressent directement la sphère électorale eu égard aux agissements qu'elles répriment. Poursuivie conjointement par le juge de l'élection et le juge répressif, la micro-moralisation de la vie politique par l'inéligibilité-sanction revêt ainsi un caractère hybride (1).

Le second mouvement se définit comme une « macro-moralisation » de la vie politique, qui est menée alors exclusivement via les peines d'inéligibilité prononcées par le juge pénal. Le développement récent du champ de la répression des comportements attentant à la chose publique, conduisant à l'explosion du nombre d'infractions pouvant entraîner l'inéligibilité du candidat ou de l'élu fautif, positionne le juge pénal comme gardien de l'exemplarité de la représentation politique (2).

1. Le caractère hybride de la micro-moralisation de la vie politique

Dans le cadre de la micro-moralisation de la vie politique par la mise à l'écart temporaire du politique fautif, si les juges électoral (a) et pénal (b) ont tous deux un rôle à jouer, celui-ci n'est clairement pas de la même importance en théorie comme en pratique.

En effet, le juge de l'élection est le plus légitime à intervenir au plus près de la sphère politico-électorale. Or, les dernières évolutions législatives ont (r)amené le juge pénal sur le devant de la scène de la micro-moralisation via le prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité-sanction.

a. Le rôle primordial du juge électoral dans la micro-moralisation

Personne ne peut contester – qu'importe d'ailleurs ses connaissances sur le sujet – que le juge le plus à même (en principe) d'opérer une moralisation juridictionnelle de la vie politique par la sanction d'inéligibilité est celui de l'élection. Faisant tantôt intervenir le Conseil constitutionnel, tantôt la juridiction administrative, le contentieux électoral *stricto sensu*⁴⁸ se distingue par ses

⁴⁸ Entendue dans le sens de protestation électorale.

spécificités et assurément l'autonomie⁴⁹ de la matière à laquelle il se rattache. Le droit électoral – matière « *essentielle qui conditionne l'effectivité de notre système politique et le respect de la démocratie* »⁵⁰ – constitue une enceinte de premier choix pour la micro-moralisation de la vie politique par la sanction des élus et candidats fautifs.

Concernant la répartition des compétences juridictionnelles, celle-ci s'opère ainsi entre le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives. Les Sages de la rue de Montpensier sont compétents pour statuer, en cas de contestation, sur la régularité des élections parlementaires au titre de l'article 59 de la Constitution du 04 octobre 1958⁵¹. Les tribunaux administratifs et le Conseil d'État se répartissent quant à eux les élections locales⁵². *Les premiers* sont compétents en premier ressort pour les élections municipales et communautaires⁵³ ainsi que pour les élections départementales⁵⁴. *Le second* jouit d'une compétence en premier et dernier ressort pour toutes les autres élections locales (de droit commun comme spéciales⁵⁵), et intervient comme juge d'appel pour les élections municipales, communautaires et départementales.

Les inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection le seront, la plupart du temps, à l'issue d'une protestation électorale que le Professeur Romain Rambaud définit comme « *le recours contre l'opération électorale elle-même par opposition à l'ensemble des contentieux périphériques* »⁵⁶. Toutefois, la déclaration de certaines inéligibilités-sanctions interviendra parfois consécutivement à la saisine du juge de l'élection par des autorités administratives indépendantes, qu'il s'agisse de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) ou de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). *D'une part*, la CNCCFP « *approuve et, après procédure contradictoire, rejette ou réforme les comptes de campagnes* »⁵⁷ notamment des élections présidentielles, parlementaires et locales⁵⁸. *D'autre part*, toute personne mentionnée à l'article 11 de la loi du 11

⁴⁹ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit., pp. 43-47.

⁵⁰ D. GIRARD, « Répression comparée : définition et efficacité comparées : de la répression pénale et de la répression administrative », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 118.

⁵¹ La compétence du Conseil constitutionnel au titre de l'article 58 de la Constitution concernant l'élection du Président de la République sera abordée dans la suite de l'étude.

⁵² Les cours administratives d'appel ne se sont pas vues attribuer de compétence d'appel en la matière par la loi du 31 décembre 1987 *portant réforme du contentieux administratif*.

⁵³ Art. L. 249 du Code électoral.

⁵⁴ Art. L. 222 du Code électoral.

⁵⁵ Art. 313 du Code de justice administrative.

⁵⁶ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit., p. 643.

⁵⁷ Art. L. 52-15 du Code électoral.

⁵⁸ Dans les circonscriptions composées de plus de 9 000 habitants.

octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*⁵⁹ – ce qui comprend notamment les parlementaires et une part importante d'élus locaux – doit remettre à la HATVP une déclaration d'intérêts et d'activités ainsi qu'une déclaration de patrimoine dont le contenu sera abordé dans la suite de l'étude.

Les inéligibilités-sanctions dont il sera ici question sont fondées sur les articles L. 118-3 et L. 118-4 du Code électoral pour les juridictions administratives, et les articles L.O. 136-1, L.O. 136-2, L.O. 136-3 et L.O. 136-4 du même Code pour le Conseil constitutionnel. À ce titre, ces sanctions seront distinguées selon qu'elles répriment pour certaines les manquements à la législation relative aux campagnes électorales, pour d'autres les manquements des parlementaires élus à leurs obligations déclaratives. La micro-moralisation de la vie politique prend alors tout son sens. En effet, c'est par la protection rapprochée de la sphère politico-électorale que la finalité moralisante de la mise à l'écart temporaire s'exprime. En d'autres termes, en sanctionnant par l'inéligibilité les atteintes directes aux campagnes électorales et à la transparence de la sphère politique, le juge de l'élection moralise la représentation politique nationale et locale : le mouvement allant alors de l'intérieur vers l'extérieur.

*En premier lieu, au titre des sanctions d'inéligibilité réprimant les manquements à la législation sur les campagnes électorales, la sanction la plus emblématique et la plus ancienne est celle prévue aux articles L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral. Celle-ci permet la mise à l'écart des élus et des candidats aux élections politiques nationales et locales ayant méconnu la législation sur le financement des campagnes électorales. Le rôle de la CNCCFP est ici crucial. Cela se matérialise notamment par l'obligation faite au juge de l'élection de surseoir à statuer lorsqu'il est saisi d'une protestation électorale en attendant la décision de cette autorité administrative indépendante*⁶⁰.

Depuis 1988⁶¹, il faut souligner que « *chaque candidat ou candidat tête de liste soumis au plafonnement des dépenses électorales [...] est tenu d'établir un compte de campagne lorsqu'il a obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés ou s'il a bénéficié de dons de personnes physiques [...]* »⁶². Unicité, sincérité et exhaustivité sont les principes devant régir la tenue du compte de campagne par les candidats aux élections politiques. Unicité en tant que le compte de campagne « *retrace, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection par le candidat ou le candidat tête de liste ou pour son compte, à l'exclusion des dépenses de la campagne officielle* »⁶³. Sincérité puisque « *la dissimulation ou*

⁵⁹ Loi n° 2013-907 du 11 octobre. 2013, art. 11.

⁶⁰ Art. L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral.

⁶¹ Loi n° 88-227 du 11 mars 1988.

⁶² Art. L. 52-12, I, alinéa 1^{er} du Code électoral.

⁶³ Art. L. 52-12, I, alinéa 2 du Code électoral.

mésévaluation de toute somme constituerait un contournement fautif de la législation relative au financement des campagnes électorales »⁶⁴. Exhaustif, le compte de campagne « *doit faire état des dépenses exposées directement au profit du candidat ou de la liste et avec son accord par les personnes physiques et les partis ou groupements politiques qui lui apportent leur soutien. Il doit également comprendre l'estimation par le candidat des avantages directs ou indirects, en termes de recettes et de dépenses, les prestations de service et dons en nature dont il a bénéficié* »⁶⁵. De surcroît, « *le compte de campagne doit être en équilibre ou excédentaire et ne peut présenter un déficit* »⁶⁶.

Introduite par les lois ordinaire du 15 janvier 1990⁶⁷ et organique du 11 mai 1990⁶⁸, la sanction d'inéligibilité des articles L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral permet au juge de l'élection, saisi par la CNCCFP, en présence d'une « *volonté de fraude ou un manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales* »⁶⁹ de déclarer inéligible pour une durée maximale de trois ans un candidat dans trois types de situations. Tout d'abord, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le candidat n'a pas déposé son compte dans les conditions et délais prescrits par le Code électoral⁷⁰. Ensuite, il sera question du candidat dont le compte de campagne fera apparaître un dépassement du plafond autorisé en matière de dépenses électorales⁷¹. Enfin, si le juge électoral estime que le compte de campagne du candidat en cause a été rejeté à bon droit par la CNCCFP, il le déclarera également inéligible.

Les articles L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral mentionnent que la sanction d'inéligibilité envisagée ne peut dépasser une durée maximale de trois ans et s'applique à l'ensemble des élections. Ainsi, « *en cas de scrutin binominal, l'inéligibilité s'applique[ra] aux deux candidats du binôme. Si le juge de l'élection a prononcé l'inéligibilité d'un candidat ou des membres d'un binôme proclamé élu, il annule son élection ou, si l'élection n'a pas été contestée, déclare le candidat ou les membres du binôme démissionnaires d'office* »⁷². C'est

⁶⁴ F. NASSIMA, « La rationalisation du droit du financement des campagnes législatives et le renforcement de la transparence de la vie politique », *RFDC*, vol. 90, n°2, 2012, pp. 87-117.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Art. L. 52-12, I, alinéa 3 du Code électoral.

⁶⁷ Pour les élus locaux : Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, art. 6.

⁶⁸ Pour les parlementaires : Loi org. n° 90-383 du 10 mai 1990 *relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*, art. 7.

⁶⁹ Art. L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral.

⁷⁰ Par ex. art. L. 52-12, II du Code électoral : « *Au plus tard avant 18 heures le dixième vendredi suivant le premier tour de scrutin, chaque candidat ou candidat tête de liste présent au premier tour dépose à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques son compte de campagne [...]* ».

⁷¹ Art. L. 52-11 du Code électoral.

⁷² Art. L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral.

d'ailleurs à partir de cette sanction que M. Jacky Galvez⁷³ avait établi une distinction entre une « *macro-moralisation* » de la vie politique par le juge de l'élection en ce qu'il protégeait la législation sur le financement des comptes de campagnes⁷⁴ ; qu'il comparait à une « *micro-moralisation* » dévolue au juge répressif.

En tout état de cause, en mettant à l'écart temporairement les élus et les candidats inaptes à respecter dûment les règles tenant à la bonne tenue d'un compte de campagne individuel, le juge de l'élection préserve la bonne gestion à venir des deniers publics.

Concernant à nouveau les sanctions d'inéligibilité réprimant les manquements à la législation sur les campagnes électorales, viennent celles fondées sur les articles L. 118-4 et L.O. 136-3 du Code électoral. Institué en 2011⁷⁵, ce mécanisme « visait à corriger une distorsion entre la législation sur les comptes de campagne et celle sur la propagande électorale »⁷⁶. En effet, avant l'introduction de cette inéligibilité-sanction, « lorsqu'elle était suffisamment caractérisée et conduisait à altérer la sincérité du scrutin, la fraude électorale était seulement sanctionnée par l'annulation de l'élection. Le Code [électoral] n'avait pas prévu d'autres sanctions à l'égard du fraudeur »⁷⁷. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs pu indiquer, à l'occasion de ces observations sur les élections législatives de 2002, que la législation sur les comptes de campagnes alors en vigueur l'obligeait « à déclarer l'inéligibilité du candidat, ce qui entraîne pour celui qui est élu la déchéance de son mandat et l'impossibilité de se représenter à l'élection partielle consécutive, alors que la faculté en est laissée au candidat dont l'élection a été annulée à la suite d'une fraude ou d'une manœuvre plus condamnable, mais ne portant pas sur les aspects financiers de la campagne »⁷⁸. Depuis 2011, le juge de l'élection, saisi d'une contestation⁷⁹ formée contre l'élection, peut déclarer inéligible « le candidat qui a accompli des

⁷³ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique, op. cit.*

⁷⁴ « Macro » dans le sens où la sanction était orientée (et l'est toujours) vers la répression des atteintes directes au jeu démocratique.

⁷⁵ Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011, art. 5 ; Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, art. 16.

⁷⁶ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques, op. cit.*, p. 676.

⁷⁷ A. GRANERO, « Le juge administratif de l'élection et la sanction d'inéligibilité pour fraude électorale », *RDP* 2017, p. 131.

⁷⁸ Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, mai 2003.

⁷⁹ Il est intéressant de relever à nouveau que le Code électoral emploie indistinctement les expressions de « *contestation* » et de « *protestation électorale* ».

manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin »⁸⁰.

Les articles L. 118-4 et L.O. 136-3 du Code électoral disposent par ailleurs que la durée maximale de l'inéligibilité déclarée sur leur fondement est de trois ans, et que celle-ci a vocation à s'appliquer à l'ensemble des élections. En ce sens, « *si le juge de l'élection a déclaré inéligible un candidat proclamé élu, il annule son élection. En cas de scrutin binominal, il annule l'élection du binôme auquel ce candidat appartient* »⁸¹.

En réprimant les atteintes à la sincérité du scrutin, le juge de l'élection œuvre également pour la micro-moralisation de la représentation politique nationale et locale. Appréciant l'opportunité de déclarer l'inéligibilité du candidat ou de l'élu fautif eu égard à l'influence de la manœuvre frauduleuse sur la sincérité du scrutin, le juge électoral moralise la vie politique par le prisme de la sphère électorale. Une micro-moralisation s'opère ici en tant que la mise à l'écart temporaire de l'édile fautif repose sur la notion de sincérité du scrutin et non sur l'impact de la manœuvre frauduleuse en-dehors de l'élection concernée. Néanmoins, comme le relève Mme Aurore Granero, « *il n'est donc pas rare que des manœuvres graves et massives ne soient pas sanctionnées au regard d'une large victoire du fraudeur* »⁸².

En second lieu, au titre des inéligibilités sanctionnant les manquements aux obligations déclaratives, le juge de l'élection, dont le costume est alors endossé par le seul Conseil constitutionnel, peut prononcer l'inéligibilité de parlementaires élus à raison de tels manquements. Il s'agit ici des inéligibilités-sanctions prévues à l'article L.O. 136-2 du Code électoral pour le non-dépôt des déclarations d'intérêts et de patrimoine⁸³ et à l'article L.O. 136-4 du même Code pour les manquements en matière d'obligations fiscales. Ces dispositions étant relatives à la situation des députés, il y a lieu d'indiquer qu'elles s'appliquent pleinement à celle des sénateurs aux termes de l'article L.O. 296 du Code électoral.

Tout d'abord, l'inéligibilité fondée sur l'article L.O. 136-2 du Code électoral repose depuis 2013⁸⁴ sur la saisine du bureau de l'Assemblée concernée⁸⁵

⁸⁰ Art. L. 118-4 et L.O. 136-3 du Code électoral.

⁸¹ *Idem.*

⁸² A. GRANERO, « Le juge administratif de l'élection et la sanction d'inéligibilité pour fraude électorale », *ibid.*

⁸³ Art. L.O. 135-1 du Code électoral.

⁸⁴ La Haute autorité de transparence de la vie publique a remplacé la Commission pour la transparence financière de la vie politique à l'occasion des lois ordinaire n° 2013-097 et organique n° 2013-906 relative à la transparence de la vie publique.

⁸⁵ Qu'il s'agisse du bureau de l'Assemblée nationale pour les députés (art. L.O. 136-2 du Code électoral) ou du bureau du Sénat pour les sénateurs (L.O. 296 du Code électoral).

par la HATVP, qui remplace d'ailleurs l'ancienne Commission pour la transparence financière de la vie politique⁸⁶. La HATVP sera ainsi amenée à saisir le bureau en cas d'absence de dépôt de l'une des déclarations mentionnées à l'article L.O. 135-1 du Code électoral⁸⁷. Le bureau de l'Assemblée concernée doit alors saisir le Conseil constitutionnel qui constatera, « *le cas échéant, l'inéligibilité du député concerné et le déclare[ra] démissionnaire d'office par la même décision* »⁸⁸. En l'absence de précision par l'article L.O. 136-2 du Code électoral sur la durée de l'inéligibilité ainsi déclarée, la lecture de l'article L.O. 128, 3° du même Code révèle que celle-ci empêche de faire acte de candidature, « *pendant un an suivant la date de sa décision, les personnes déclarées inéligibles par le Conseil constitutionnel en application de l'article L.O. 136-2* »⁸⁹.

Ensuite, concernant la sanction d'inéligibilité prévue à l'article L.O. 136-4 du Code électoral, celle-ci a été introduite par la loi organique du 15 septembre 2017 dite de « *Confiance dans la vie politique* »⁹⁰. Reposant sur un mécanisme qui se veut bienveillant à l'égard des parlementaires qui seraient en proie à une éventuelle phobie en matière de transparence fiscale, la déclaration d'inéligibilité sur ce fondement n'interviendra qu'à la suite de multiples étapes et pour une durée maximale de trois ans. Une synthèse particulièrement éclairante de ce processus a été réalisée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la première application de ce mécanisme. Visant un député de l'Île de la Réunion rétif à la transparence fiscale, c'est une décision⁹¹ sur laquelle nous ne manquerons pas de revenir dans la suite de l'étude.

Ainsi, « *le respect de la transparence s'impose désormais comme un véritable principe de régulation de la vie politique* »⁹². Dès lors, qu'il s'agisse des inéligibilités sanctionnant les manquements aux obligations déclaratives ou celles visant les obligations fiscales, la micro-moralisation à l'œuvre ici s'appuie sur l'impératif de transparence pour mettre à l'écart temporairement les parlementaires fautifs. Il est question d'une intervention à l'échelle micro – soit le contrôle de la situation patrimoniale, personnelle et fiscale des parlementaires – ayant pour finalité la mise à l'écart temporaire de ceux qui ne satisferaient pas à la nécessaire transparence dont ils sont comptables en tant qu'élus de la

⁸⁶ Instituée par l'article 3 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988.

⁸⁷ C'est-à-dire une déclaration d'activités et d'intérêts ainsi qu'une déclaration sur la situation patrimoniale.

⁸⁸ Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

⁸⁹ Art. L.O. 128, 3° du Code électoral.

⁹⁰ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017, art. 4.

⁹¹ Cons. constit., 06 juillet 2018, n° 2018-1 OF, *Situation de M. Thierry Robert au regard du respect de ses obligations fiscales*.

⁹² B. NABLI, « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *ibid.*

République. Il faut dire qu'aujourd'hui, « à la bourse des mots, la cote de la transparence est au plus haut⁹³ ».

Relativement aux conséquences qu'entraîne une déclaration d'inéligibilité sur l'un quelconque des fondements susmentionnés, il y a lieu de distinguer selon que la sanction vise une personne élue ou un candidat. *D'une part*, la déclaration d'inéligibilité conduit à la démission d'office⁹⁴ du mandat acquis à l'occasion de l'élection contestée, qu'il s'agisse d'un parlementaire ou d'un élu local. *D'autre part*, concernant les élus comme les candidats, de la déclaration d'inéligibilité résulte une impossibilité de se présenter à toutes les élections à compter de la date de la décision définitive du juge électoral. Au titre d'une précision importante, aucune de ces inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection n'a d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de sa décision. Il y aura lieu d'insister, dans la suite de l'étude, sur les problématiques tenant au point de départ de ces inéligibilités-sanctions – soit la date de la décision définitive – qui conduisent notamment à s'interroger sur le respect du principe d'égalité entre les représentants politiques fautifs.

In fine, le juge de l'élection apparaît ainsi comme l'acteur juridictionnel majeur de la micro-moralisation de la vie politique (a). Intervenant au plus près de la sphère politico-électorale, les inéligibilités-sanctions présentées ici ont pour finalité de moraliser la représentation politique nationale et locale par une protection rapprochée de la sincérité du jeu démocratique. C'est bien par une approche « micro » de la moralisation que le juge de l'élection est amené, via ces inéligibilités-sanctions, à écarter temporairement les édiles fautifs. Loin de s'effacer complètement devant son homologue électoral, le juge pénal intervient également dans ce mouvement de micro-moralisation de la vie politique via la peine d'inéligibilité. D'ailleurs, on peut se demander, à l'aune des récentes évolutions législatives en la matière, s'il n'est pas aujourd'hui devenu l'acteur incontournable de cette échelle de moralisation de la vie politique via la sanction d'inéligibilité (b).

b. L'intervention salutaire du juge pénal dans la micro-moralisation

En matière de micro-moralisation de la vie politique par l'inéligibilité-sanction, entendue comme la mise à l'écart temporaire des individus responsables de manquements attentant à la sphère politico-électorale, le rôle du juge pénal ne relève pas de l'évidence. En effet, eu égard notamment à son office déconnecté de la notion de sincérité du scrutin et résolument tourné vers la qualification puis

⁹³ D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « La transparence et la vertu », in R. FRYDMAN, M. FLIS-TRÈVES (dir.), *Tout dire ? Transparence ou secret. Colloque Gypsy XI*, PUF, 2012, pp. 117-123.

⁹⁴ Celle-ci étant déclarée par le juge de l'élection.

la répression d'infractions, le juge pénal a pour fonction principale de moraliser à l'échelle « macro » la représentation politique nationale et locale. Or, ce gardien de la macro-moralisation, par le prononcé de l'inéligibilité venant sanctionner une constellation d'infractions⁹⁵, occupe également une place importante en matière de micro-moralisation par l'inéligibilité-sanction. Intervenant au plus près de la sphère politico-électorale, le juge pénal se révèle être un acteur juridictionnel décisif en matière d'inéligibilités-sanctions à finalité micro-moralisante.

Il y a lieu de préciser d'emblée que « *l'une des originalités en droit pénal électoral réside dans le déclenchement de l'action publique* »⁹⁶. Une certaine coopération s'établit ainsi du juge de l'élection vers le juge pénal, mais aussi des autorités administratives indépendantes (que sont la CNCCFP et la HATVP) vers le juge répressif. Aux termes de l'article L. 117-1 du Code électoral, le Conseil d'État⁹⁷, en tant que juge des élections⁹⁸, lorsqu'il retient dans sa décision définitive des faits de fraude électorale, « *communiqu[e] le dossier au procureur de la République compétent* »⁹⁹. Il s'agit-là d'une dérogation au droit commun, puisqu'en dehors de cette hypothèse le Conseil d'État estime qu'il n'a pas compétence en matière d'opportunité des poursuites¹⁰⁰. La CNCCFP doit quant à elle transmettre au parquet tout dossier comprenant des irrégularités susceptibles de contrevenir à la législation sur le financement et le plafonnement des dépenses électorales¹⁰¹. De la même manière, lorsqu'elle a connaissance de l'exercice par un certain nombre d'élus locaux d'activités prohibées en matière de lutte contre les conflits d'intérêts, la HATVP doit transmettre un rapport spécial sur cette situation au procureur de la République¹⁰².

En l'état du droit positif, la peine d'inéligibilité prononcée par le juge pénal, l'est à titre de peine complémentaire et non-automatique à une peine principale pour la répression de crimes et délits. Reposant depuis 1994¹⁰³ sur l'article 131-26 du Code pénal, la peine complémentaire d'interdiction des droits civiques,

⁹⁵ *Infra.*

⁹⁶ A. BAVITOT, « Compétence des juges et procédure en droit pénal électoral », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 77.

⁹⁷ Le Conseil constitutionnel estime qu'il ne peut saisir de la sorte le procureur de la République, en tant que l'article L. 117-1 du Code électoral vise expressément « la juridiction administrative » : Cons. constit., 10 juillet 1997, n° 97-2188 AN, 6^{ème} circonscription du Bas-Rhin.

⁹⁸ Cela ne peut concerner que le Conseil d'État, en tant que l'article L. 117 du Code électoral fait état d'une « *décision définitive* ». Les tribunaux administratifs ne sont donc pas concernés.

⁹⁹ Art. L. 117-1 du Code électoral.

¹⁰⁰ Art. 40 du Code de procédure pénale ; CE, 28 décembre 2001, n° 233993, *Élec. du maire et des adjoints de la commune de Rivery*.

¹⁰¹ Art. L. 52-15, alinéa 4 du Code électoral.

¹⁰² Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, art. 23, IV.

¹⁰³ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal.

civils et de familles permet au juge répressif, notamment, de faire perdre au coupable son droit d'être élu¹⁰⁴. Il faut relever que cette peine peut être prononcée à titre principal sur le fondement de l'article 131-11 du Code pénal aux fins d'une meilleure individualisation de la sanction eu égard au comportement réprimé.

Depuis la loi ordinaire du 15 septembre 2017 dite de « *Confiance dans la vie politique* »¹⁰⁵, un article 131-26-2 a été inséré dans le Code pénal et rend quasiment obligatoire le prononcé d'une peine complémentaire d'inéligibilité à l'encontre de toute personne coupable d'un crime ou d'un des délits mentionnés au II de cet article. Ce prononcé est dit « quasiment obligatoire » en tant qu'il respecte le principe de prohibition du caractère automatique des peines complémentaires¹⁰⁶. Aux termes du III de l'article 131-26-2 du Code pénal, « [...] *la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer la peine prévue par le présent article, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». Une telle peine complémentaire et obligatoire ne souffre nullement d'inconstitutionnalité, dès lors que le juge, dans le respect du principe d'individualisation des peines¹⁰⁷, peut l'écarter ou agir sur son quantum par une « *décision spécialement motivée* »¹⁰⁸. Conformément aux articles 131-26 et 131-26-1 du Code pénal, la durée des inéligibilités prononcées au titre de l'article 131-26-2 du Code pénal ne peut excéder dix ans pour un crime et cinq ans pour un délit. Dans ce dernier cas, l'inéligibilité peut être portée à dix ans si la personne condamnée exerçait une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits délictueux.

L'introduction de cet article a répondu à un besoin de moralisation de la vie politique suite aux différents « affaires » ayant entaché la campagne présidentielle de 2017. Poursuivant l'œuvre de la loi dite « *Sapin II* » qui avait consacré ce mécanisme de prononcé quasi-obligatoire pour des infractions portant atteinte à la probité¹⁰⁹, l'élargissement de ce dispositif va nécessairement dans le sens d'une moralisation de la représentation politique nationale et locale, à l'échelle macro comme micro. Le Professeur Christophe Roux affirme ainsi que « *sur le terrain moral qui nous préoccupe, il faut s'en féliciter, l'inéligibilité apparaissant comme le relais naturel de la moralisation de l'action publique* [...] »¹¹⁰.

¹⁰⁴ Art. 131-26, 2° du Code pénal.

¹⁰⁵ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

¹⁰⁶ Art. 132-17, alinéa 1^{er} du Code pénal : « *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée* ».

¹⁰⁷ Art. 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789.

¹⁰⁸ Cons. constit., 10 décembre 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, *M. Alain D. et autres*.

¹⁰⁹ Loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 19.

¹¹⁰ C. ROUX, « Moralisation de la vie politique, morale parlementaire... moralité constitutionnelle », *Droit administratif* n°10 2017.

En matière de peines d'inéligibilité, celles ayant pour finalité la micro-moralisation de la vie politique nous intéresseront donc ici. À nouveau, il faut insister sur ce que « micro-moralisation via l'inéligibilité-sanction » signifie dans le cadre de l'étude. Celle-ci se rapporte à la sanction des élus et des candidats ayant porté atteinte au jeu démocratique, par leur mise à l'écart temporaire de la vie politique. Ces atteintes se matérialisent par des manquements à la législation visant la sphère politico-électorale. Pour le juge répressif, un tel mouvement de micro-moralisation peut être identifié, dès lors qu'il sanctionne par l'inéligibilité un certain nombre de délits visant directement cette sphère.

À ce titre, il est intéressant de constater que, depuis 2017, les inéligibilités-sanctions à finalité micro-moralisante se retrouvent toutes à l'article 131-26-2 du Code pénal. D'ailleurs, une partie importante des infractions électorales classiques et autres délits en matière de financement de la vie politique visée par cette disposition figurait déjà à l'article L. 117 du Code électoral.

Une triple-distinction peut alors être établie selon que cette inéligibilité-sanction quasi-obligatoire réprime un certain nombre d'infractions électorales classiques¹¹¹, de comportements délictueux vis-à-vis de la législation sur le financement de la vie politique¹¹² ou encore des manquements aux obligations déclaratives¹¹³. Toutefois, une autre distinction est également envisageable, à savoir celle consistant à séparer les opérations frauduleuses selon qu'elles précèdent les opérations de vote, qu'elles surviennent au cours de celles-ci ou qu'elles succèdent à ces opérations. Nous estimons qu'une combinaison de ces deux approches permet une lecture satisfaisante de l'ensemble du dispositif. Ainsi, seront abordés successivement les délits respectivement visés aux articles 131-26-2, II, 7°, 131-26-2, II, 11° et 131-26-2, II, 12° du Code pénal, en spécifiant à chaque fois le moment auquel sont susceptibles de survenir de tels comportements délictueux. Une telle lecture permet non seulement d'aborder le dispositif tel qu'il ressort du droit positif, sans omettre pour autant la logique animant la répression des infractions en cause.

De prime abord, il faut relever que la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité pourra être prononcée pour tous les crimes¹¹⁴ ainsi qu'en cas de délit de participation à une association de malfaiteurs¹¹⁵ lorsqu'il aura eu pour objet l'un des délits étudiés ci-après¹¹⁶.

¹¹¹ Art. 131-26-2, II, 7° du Code pénal.

¹¹² Art. 131-26-2, II, 11° du Code pénal.

¹¹³ Art. 131-26-2, II, 12° du Code pénal.

¹¹⁴ Art. 131-26-2, I du Code pénal.

¹¹⁵ Art. 450-1 du Code pénal.

¹¹⁶ Art. 131-26-2, II, 14° du Code pénal.

En premier lieu, au titre des délits dont la commission est sanctionnée par le prononcé quasi-obligatoire de la peine complémentaire d'inéligibilité, il s'agit tout d'abord de ceux visés à l'article 131-26-2, II, 7° du Code pénal. En la matière, il est possible d'opérer une triple distinction. Toutefois, certaines infractions pouvant être commises à des moments différents, il y aura lieu de faire état plusieurs fois des mêmes dispositions.

Tout d'abord, au titre des infractions susceptibles d'intervenir en amont des opérations de vote, cela concerne les articles L. 88-1, L. 106, L. 107, L. 108, L. 109 et L. 116 du Code électoral. Cet ensemble prévoit des peines d'emprisonnement allant d'un an à deux ans et une amende de 15 000 euros, sachant que la peine sera double si le coupable des infractions prévues aux articles L. 106 à L. 108 s'avère être un fonctionnaire public¹¹⁷.

Au titre d'illustrations jurisprudentielles, l'Île de la Réunion offre quelques beaux exemples de telles infractions commises avant le déroulement des opérations de vote. Par un arrêt de 1991, la Chambre criminelle a indiqué que la distribution par un candidat aux élections cantonales « *de bons de secours d'urgence, avec l'accord de la municipalité, en vue de la reconduction de l'équipe au pouvoir, qui n'a procuré aucun enrichissement à son auteur, constitue des dépenses engagées pour une élection* » conduisant à la condamnation de celui-ci sur le fondement de l'article L. 106 du Code électoral¹¹⁸. Dans cet arrêt le juge pénal a d'ailleurs relevé que l'article 19 de la loi du 15 janvier 1990¹¹⁹, permettant l'amnistie des coupables d'infractions en matière de financement direct ou indirect d'une campagne électorale ou d'un parti politique commises avant le 15 juin 1989, ne pouvait s'appliquer : l'article L. 106 ayant pour objet l'obtention de suffrages¹²⁰. Une affaire similaire fut jugée quelques mois plus tard concernant M. Saminadin Kichenin, qui se prévalait également de l'amnistie prévue par la loi du 15 janvier 1990 susmentionnée¹²¹.

Ensuite, concernant les fraudes commises à l'occasion des opérations de vote, sont visés les délits prévus aux articles L. 91, L. 92, L. 93, L. 94, L. 95, L. 96, L. 97, L. 98, L. 99, L. 100, L. 101, L. 103, L. 107 précité, L. 108 précité, L. 109 précité et L. 116 précité du Code électoral. La commission de ces infractions est susceptible de conduire à des condamnations à des peines d'emprisonnement comprises entre trois mois d'emprisonnement et vingt ans de réclusion criminelle et à des amendes allant de 7 500 euros à 22 500 euros. Bien entendu, dès lors que le candidat ou l'élu fautif avait, au moment de la commission des infractions

¹¹⁷ Art. L. 109 du Code électoral.

¹¹⁸ Cass. crim., 26 novembre 1991, n° 91-83.624.

¹¹⁹ Loi n° 90-55 du 15 janv. 1990, art. 19.

¹²⁰ Cass. crim., 26 novembre 1991, précité.

¹²¹ Cass. crim., 14 janvier 1992, n° 91-85.077.

visées aux articles L. 107 et L. 108 du Code électoral, la qualité de fonctionnaire, la peine sera portée au double¹²².

La politique réunionnaise offre à nouveau un bel exemple de ce type de fraude survenant lors des opérations de vote. Le maire de la Commune de Saint-Philippe, M. Hugues Salvan, en pleine campagne pour l'obtention d'un siège au Conseil départemental¹²³, avait réuni le personnel communal le 06 mars 1992 en vue, notamment, de leur annoncer sa candidature aux élections cantonales et de solliciter leur soutien. Il avait alors menacé le personnel communal, composé d'électeurs, en indiquant que « *ceux qui n'avaient pas compris, c'était tans pis pour eux... il y avait une centaine de personnes qui attendaient dehors, qu'il avait encore 3 ans à passer à la commune et qu'il allait en tenir compte s'il n'était pas élu* ». En leur laissant craindre de perdre leurs emplois et en influençant leur vote, le maire de la Commune de Saint-Philippe fut reconnu coupable au titre de l'article L. 107 du Code électoral à raison de ses menaces¹²⁴.

Enfin, relativement aux *comportements délictueux susceptibles de survenir postérieurement aux opérations de vote*, il est question de ceux prévus aux articles L. 113 et L. 116 précité du Code électoral : s'agissant d'infractions générales.

D'une part, l'article L. 113 du Code électoral prévoit qu'« *en dehors des cas spécialement prévus par les dispositions des lois et décrets en vigueur, quiconque, soit dans une commission administrative ou municipale, soit dans un bureau de vote ou dans les bureaux des mairies, des préfectures ou sous-préfectures, avant, pendant ou après un scrutin, aura, par inobservation volontaire de la loi ou des arrêtés préfectoraux, ou par tous autres actes frauduleux, violé ou tenté de violer le secret du vote, porté atteinte ou tenté de porter atteinte à sa sincérité, empêché ou tenté d'empêcher les opérations du scrutin, ou qui en aura changé ou tenté de changer le résultat, sera puni d'une amende de 15 000 euros et d'un emprisonnement d'un an ou de l'une de ces deux peines seulement [...]* ». *D'autre part*, l'article L. 116 du Code électoral dispose que « *ceux qui, par des manœuvres frauduleuses quelconques, accomplies même en dehors des locaux ou commissions visés à l'article L. 113, auront porté atteinte ou tenté de porter atteinte à la sincérité d'un scrutin, violé ou tenté de violer le secret du vote, empêché ou tenté d'empêcher les opérations du scrutin, ou qui, par les mêmes manœuvres, en auront changé ou tenté de changer les résultats, seront punis des peines portées audit article. Les mêmes peines seront appliquées à tout individu qui aura porté atteinte ou tenté de porter atteinte au fonctionnement d'une machine à voter en vue d'empêcher les opérations du scrutin ou d'en fausser les résultats [...]* ». Logiquement, la question de la constitutionnalité de ces

¹²² Art. L. 109 du Code électoral.

¹²³ Conseil général à l'époque des faits.

¹²⁴ Cass. crim., 07 mai 1996, n° 95-85.767.

infractions générales réprimant l'ensemble des fraudes non incriminées par d'autres textes s'est posée au regard du principe de légalité des délits et des peines. Une question prioritaire de constitutionnalité a ainsi été soumise à la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a refusé de transmettre celle-ci aux Sages de la rue de Montpensier. Les magistrats du Quai de l'Horloge ont estimé que « *les dispositions légales critiquées, qui incriminent, à l'article L. 116 du Code électoral, le fait, par des manœuvres frauduleuses quelconques, de porter atteinte à la sincérité d'un scrutin, de violer le secret du vote, d'empêcher les opérations du scrutin, ou d'en changer les résultats, ainsi que la tentative, et qui punissent, à l'article L. 113 du même code auquel renvoie ce texte, ces comportements d'une amende de 15 000 euros et d'un emprisonnement d'un an, définissent les éléments constitutifs de l'infraction et les peines encourues en des termes suffisamment clairs et précis pour que leur interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire* »¹²⁵.

La répression pénale des atteintes à la sphère politico-électorale sur le fondement des articles L. 113 ou L. 116 du Code électoral est une illustration évidente de l'intervention du juge répressif en matière de micro-moralisation de la vie politique. Alors même qu'il dispose d'un arsenal conséquent pour la répression d'une importante quantité d'infractions électorales classiques, tel qu'exposé dans les développements précédents, le juge pénal peut également compter sur ces infractions générales qui lui permettent d'agir au plus près du monde politique afin de le moraliser.

En deuxième lieu, relativement aux délits visés à l'article 131-26-2, II, 11° du Code pénal, ils se rapportent aux dispositions des articles L. 113-1 du Code électoral et 11-5 de la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique¹²⁶. Ces *comportementaux frauduleux ont vocation à survenir antérieurement au déroulement des opérations de vote*. L'article L. 113-1 du Code électoral prévoit des peines d'emprisonnement et d'amende, allant d'un an à trois ans et de 15 000 euros à 45 000 euros, pour les candidats ayant méconnu la législation sur le financement des campagnes électorales notamment en matière de dons illégaux, de dépassement ou de minoration de dépenses électorales ou encore de l'existence de prêts conclus non-communicés à la CNCCFP. L'article 11-5 de la loi de 1988 susmentionnée vise quant à lui spécifiquement les dons irrégulièrement consentis et punit le donateur et le bénéficiaire d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

¹²⁵ Cass. crim., 11 mars 2014, n° 13-82.917.

¹²⁶ Loi n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 11-5.

À titre d'exemple, a été reconnu coupable du délit prévu à l'article L. 113-1, I, 2° du Code électoral¹²⁷, le candidat ayant reçu des dons de sociétés ayant leur siège social à Monaco ; et ce, quand bien même il n'était pas démontré que ces sommes aient été effectivement dépensées à des fins électorales et que, du fait de l'excédent de ses recettes électorales, l'intéressé en avait reversé une partie à des associations humanitaires¹²⁸.

La peine complémentaire d'inéligibilité prononcée quasi-obligatoirement pour ces délits atteste du rôle majeur du juge pénal en matière de micro-moralisation de la vie politique. Complétant l'œuvre de son homologue électoral, le juge répressif inscrit son action dans la protection de la législation sur le financement des campagnes électorales vis-à-vis d'élus et de candidats prêts à tout pour une parcelle de pouvoir politique.

En troisième et dernier lieu, concernant les délits mentionnés à l'article 131-26-2, II, 12° du Code pénal, il s'agit des comportements délictueux visés aux articles L.O. 135-1, I du Code électoral et 26 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹²⁹. Il s'agit ici d'*infractions commises à la suite de l'opération de vote*, puisqu'elles concernent les manquements aux obligations déclaratives de la représentation politique nationale et locale élue.

Sans insister sur la question du chevauchement de cette répression avec l'office du juge électoral¹³⁰, la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité peut être ainsi prononcée à l'encontre des parlementaires¹³¹ ayant méconnu leurs obligations déclaratives sur le fondement de l'article L.O. 135-1, I du Code électoral. Plus précisément, est visé « *le fait pour un [parlementaire] d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine* »¹³². Puis, au titre de l'article 26 de la loi du 11 octobre 2013 susmentionnée, un nombre important d'élus locaux, figurant respectivement aux 2° et 3° de l'article 11, I de cette même loi, sont concernées. Pour ceux-ci, la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité sera prononcée en cas d'absence de dépôt de la déclaration de situation patrimoniale et/ou de la déclaration d'intérêts et d'activités, d'omission

¹²⁷ Se rapportant à l'acceptation de « *de fonds en violation des articles L. 52-7-1, L. 52-8 ou L. 308-1* » du Code électoral.

¹²⁸ Cass. crim., 30 avril 1996, n° 94-83.00.

¹²⁹ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 26.

¹³⁰ Et notamment l'office du Conseil constitutionnel qui, en tant que juge des élections, une fois saisi par le bureau de l'Assemblée concerné, doit déclarer le parlementaire fautif inéligible pour une durée d'un an (cf. *supra*).

¹³¹ Pour rappel, l'article L.O. 296 du Code électoral rend applicable aux sénateurs les dispositions relatives à l'inéligibilité des députés.

¹³² Art. L.O. 135-1, I, al. 5 du Code électoral.

dans celles-ci d'une partie substantielle de leur patrimoine ou de leurs intérêts ou d'évaluation mensongère de leur patrimoine¹³³.

Cette répression pénale des manquements des élus à l'impératif de transparence témoigne avec évidence d'une micro-moralisation du personnel politique. Alors que l'inéligibilité déclarée par le Conseil constitutionnel en matière d'obligations déclaratives¹³⁴ ne concerne que les parlementaires, l'intervention du juge pénal se veut résolument salutaire. En étendant l'exigence de transparence à un nombre important d'élus locaux sous peine d'une mise à l'écart temporaire du jeu démocratique, le juge répressif fait œuvre de micro-moralisation. Celle-ci est alors un complément pertinent pour les élus locaux visés, mais dans le même temps apparaît comme un poids supplémentaire pour les parlementaires.

Au titre des conséquences du prononcé d'une peine complémentaire d'inéligibilité, une distinction doit être opérée entre la situation des parlementaires et celle des élus locaux. *Pour les premiers* il sera question d'une « déchéance » au sens de l'article L.O. 136 du Code électoral. Lorsqu'elle résulte d'une condamnation pénale postérieure à l'élection du parlementaire, sa déchéance doit être constatée par le Conseil constitutionnel saisi le cas échéant par le ministère public près la juridiction ayant prononcé la condamnation. Toutefois, le parlementaire en cause peut bien entendu décider de son propre chef d'abandonner son mandat électif avant la constatation de sa déchéance par le Conseil constitutionnel. *Quant aux élus locaux*, ceux-ci auront à connaître d'une « démission d'office ». L'autorité compétente pour prononcer cette dernière est le représentant de l'État¹³⁵. Néanmoins, la démission d'office ne pourra être prononcée que si la cause de l'inéligibilité est survenue postérieurement à l'élection¹³⁶. Dans les faits, la conséquence est la même : la fin du mandat électif exercé à la date de la décision juridictionnelle définitive, même si celui-là a été acquis antérieurement à celle-ci¹³⁷. Il s'agit-là d'une importante différence avec les inéligibilités déclarées par le juge de l'élection¹³⁸. Toutefois, à l'instar des sanctions retenues par le juge électoral, la peine complémentaire d'inéligibilité conduit à l'impossibilité de se présenter à toute élection à compter de la décision définitive du juge pénal.

In fine, tandis qu'en 1999 M. Jacky Galvez affirmait que « le juge répressif n'a pas une vocation naturelle à s'immiscer dans le contrôle et la sanction des

¹³³ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 26, I, al. 2.

¹³⁴ Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

¹³⁵ Art. L. 205, L. 236 et L. 341 du Code électoral.

¹³⁶ CE, 16 février 1994, n° 146449, *M. Avrillier et autres*.

¹³⁷ Sous réserve d'une cause intervenue postérieurement à l'élection pour les élus locaux.

¹³⁸ N'ayant pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement.

droits politiques »¹³⁹, force est de constater qu’il dispose aujourd’hui d’un arsenal juridique qui le conduit inexorablement à participer à la micro-moralisation de la vie politique. Au regard du développement exponentiel des comportements délictueux électoraux concernés par le prononcé quasi-obligatoire de la peine complémentaire d’inéligibilité, le juge pénal tend à s’affirmer de plus en plus comme l’acteur majeur (dans la pratique) de la micro-moralisation de la vie politique via l’inéligibilité-sanction. Son office lui permettant de sanctionner par l’inéligibilité une quantité impressionnante de délits attentant à la sphère politico-électorale, peu importe le moment auquel ceux-ci sont commis par rapport aux opérations de vote en cause.

Aux côtés de cette micro-moralisation de la représentation politique nationale et locale (1), le juge pénal se charge également – mais alors seul – d’assurer une macro-moralisation de cette dernière par la répression d’une constellation d’infractions se rapportant à l’exemplarité des candidats et des élus (2).

2. La macro-moralisation de la vie politique portée par une constellation d’infractions

La moralisation pénale de la sphère politique de l’extérieur vers l’intérieur, soit la macro-moralisation de celle-ci, témoigne de l’importance de la probité pour le juge répressif. Celle-ci peut être définie comme « *l’exacte régularité à remplir tous les devoirs de la vie civile, elle est la fidélité aux lois, aux mœurs, et à la conscience* »¹⁴⁰. Il est intéressant de relever que l’acception latine du terme « candidat » « [renvoie] *au fait de blanchir sa toge pour persuader les électeurs de son dévouement et de son désintéressement* »¹⁴¹. Inscrite dès 1992 dans le Code pénal¹⁴², la répression des manquements au devoir probité a nécessairement un fondement moral. Apparaît alors en effet la volonté de sanctionner des pratiques en elles-mêmes contraires à la morale. Cette exigence de probité a surtout un fondement politique : « *ces pratiques qualifiées d’immorales abolissent en effet*

¹³⁹ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁴⁰ C. PINOT-DUCLOS, *Considérations sur les mœurs de ce siècle*, 1751. Cité par M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *RSC*, vol. 1, n°1, 2011, pp. 37-57.

¹⁴¹ Intervention de Mme Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, lors de la présentation commune des projets de loi relatifs à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et à la création d’un Procureur de la République financier, en séance publique à l’Assemblée nationale (juin 2013).

¹⁴² Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l’Etat et la paix publique.

la confiance qui rend possible le mécanisme de la représentation »¹⁴³. L'analyse des inéligibilités-sanctions prononcées dans une finalité macro-moralisante invite à s'interroger sur la place qu'occupe l'exemplarité des élus locaux et nationaux et des candidats aux élections politiques pour le juge répressif.

En matière de macro-moralisation de la vie politique via l'inéligibilité-sanction, le juge pénal est progressivement passé d'une quête restreinte de probité à la recherche d'une exemplarité largement entendue de la représentation politique nationale et locale. La macro-moralisation autrefois timide (a) se veut désormais décomplexée (b). La démarche consistera ainsi à retracer le parcours de l'exigence de probité vers une conception plus globale, celle de l'exemplarité généralisée.

a. La sauvegarde de la probité du personnel politique, une macro-moralisation restreinte

La protection restreinte de la probité du corps des représentants politiques par l'inéligibilité-sanction peut être abordée au regard de l'ancien article L. 7 du Code électoral¹⁴⁴ puis de l'avènement du mécanisme de prononcé quasi-obligatoire d'inéligibilité-sanction par la loi du 09 décembre 2016¹⁴⁵. La macro-moralisation à l'œuvre au travers de ces mécanismes est évidente. Ainsi, « *comme toutes normes, celles-ci ne font qu'orienter les conduites des acteurs politiques et sont indissociables de jeux avec elles et de leurs aménagements possibles. Si l'on admet avec Durkheim que la déviance est un phénomène de sociologie normale, l'observation de la vie publique montre en effet la régularité des transgressions* »¹⁴⁶.

En premier lieu, il faut souligner que la peine d'inéligibilité existait déjà sous l'ancien Code pénal. Celle-ci était prévue soit à titre de peine complémentaire d'interdiction des droits civiques¹⁴⁷, soit au titre d'une peine de dégradation civique prononcée de plein droit en cas de condamnation criminelle¹⁴⁸. De plus, le Code électoral prévoyait également une peine d'inéligibilité de plein droit pour les personnes condamnées définitivement pour crime ou pour certains délits¹⁴⁹.

¹⁴³ C. AYNES, *La privation des droits civiques et politiques : l'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, Thèse, European University Institute, 2020, p. 308.

¹⁴⁴ Abrogé.

¹⁴⁵ Loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016, art. 19.

¹⁴⁶ P. LASCOUMES et P. BEZES, « Les formes de jugement du politique. Principes moraux, principes d'action et registre légal », *L'Année sociologique*, vol. 59, n°1, 2009, pp. 109-147.

¹⁴⁷ Art. 42 et 43 du Code pénal (ancien).

¹⁴⁸ Art. 28 et 34 du Code pénal (ancien).

¹⁴⁹ Art. L. 5 du Code électoral (ancien).

L'entrée en vigueur de l'actuel Code pénal en 1992 va alors profondément modifiée la matière en raison de la suppression des peines automatiques¹⁵⁰, au nom du principe d'individualisation de la sanction¹⁵¹. Ceci explique ainsi la disparition de l'ancienne peine de dégradation civique du Code pénal et la suppression des dispositions relatives à l'inéligibilité automatique de l'article L. 5 du Code électoral frappant les condamnés. Seule demeurait la peine complémentaire facultative d'inéligibilité de l'article 131-26, 2° du Code pénal.

Pourtant, force est de constater que le besoin de sauvegarder la probité du corps des représentants politiques l'a emporté sur les principes nouvellement posés par le Code pénal.

Adoptée suite à la publication du « *rapport Rozès* »¹⁵², la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995¹⁵³ va rétablir une peine « automatique » d'inéligibilité à l'article L. 7 du Code électoral. Cet article prévoyait alors que « *ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 et 433-4 du code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions, défini par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal* ». C'est donc le système-même de feu l'article L. 5 du Code électoral qui se trouvait réintroduit par la loi du 19 janvier 1995 précitée, alors même que le principe de prohibition des peines automatiques avait été posé trois ans plus tôt.

Étaient ainsi concernés les infractions de concussion, de corruption passive et de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêts, de violation des règles de passation des marchés et autres délégations de service public, de soustraction ou de détournement de biens, de corruption active et de trafic d'influence, les infractions de menaces et les actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique, ainsi que le recel de l'un de ces délits.

En termes de macro-moralisation de la vie politique, l'article L. 7 du Code électoral résultant de la loi du 19 janvier 1995 est une belle illustration. En effet, par le prononcé automatique d'une mise à l'écart temporaire sanctionnant des manquements au devoir de probité¹⁵⁴, la moralisation de la vie politique implique pour nos représentants de ne pas user de leur position pour servir leurs seuls intérêts personnels et/ou ceux de leurs alliés.

¹⁵⁰ C'est-à-dire prononcées de plein droit.

¹⁵¹ Art. 131-17 et 132-21 du Code pénal.

¹⁵² S. ROZÈS, *Rapport sur la lutte contre la corruption*, La Documentation française, 1994.

¹⁵³ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995, art. 10.

¹⁵⁴ Faisant l'objet d'une Section spécifique (Section 3) au sein du Chapitre 2 du Titre III du Code pénal. Les délits de corruption active et de trafic d'influence (art. 433-1 à 433-2) sont contenus dans le Chapitre III du Titre III du Code pénal.

Le dispositif conduisait alors, en cas de condamnation définitive du chef de l'une des infractions précitées, à la radiation des listes électorales pour une durée de cinq ans¹⁵⁵. Mais en vertu de l'article L.O. 130 du Code électoral, cette radiation emportait de plein droit une inéligibilité d'une durée de dix ans. Cet article disposait en effet que « *les individus dont la condamnation empêche temporairement l'inscription sur une liste électorale sont inéligibles pendant une période double de celle durant laquelle ils ne peuvent être inscrits sur la liste électorale* »¹⁵⁶.

Alors même que l'inéligibilité prononcée de plein droit sur le fondement de l'article L. 7 du Code électoral semblait contrevenir à la prohibition des peines automatiques et notamment à l'article 132-21, alinéa 1^{er} du Code pénal¹⁵⁷, la jurisprudence judiciaire a pourtant souhaité préserver ce dispositif. Par un arrêt de cassation de 2001, la deuxième Chambre civile a clairement jugé que « *les dispositions de l'article L. 7 du Code électoral, dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 1995, dérogent au principe antérieurement posé par l'article 132-21 du Code pénal* »¹⁵⁸.

De plus, une telle peine d'inéligibilité pouvait être prononcée, bien qu'à titre facultatif, pour la commission de l'ensemble des infractions visées à l'article L. 7 du Code électoral sur le fondement de l'article 131-26, 2^o du Code pénal.

Dès lors, malgré l'existence d'une sanction similaire et en contradiction avec le principe de prohibition des peines automatiques, l'institution de l'article L. 7 du Code électoral témoignait d'une volonté législative de poursuivre une macro-moralisation de la vie politique. La recherche d'une protection du devoir de probité à travers cette automaticité était assurément un signe de l'impuissance du droit pénal face à des comportements faussant la sincérité du jeu démocratique. Néanmoins, un tel dispositif ne pouvait perdurer *ad vitam aeternam*.

En deuxième lieu, l'article L. 7 du Code électoral sera l'objet hautement symbolique de la première décision « Q.P.C. » rendue par le Conseil constitutionnel. Transmise par la Cour de cassation saisie par le tribunal supérieur de Saint-Pierre-et-Miquelon, la question prioritaire de constitutionnalité consistait à interroger la conformité de l'automaticité de la sanction de l'article L. 7 du Code électoral aux principes de nécessité et d'individualisation de la peine reposant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Sans surprise, les Sages de la rue de Montpensier, après avoir reconnu qu'il s'agissait

¹⁵⁵ Entraînant mécaniquement la perte de la qualité d'électeur pour la même durée.

¹⁵⁶ Art. L.O. 130 du Code électoral.

¹⁵⁷ « *L'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale* ».

¹⁵⁸ Cass. civ. 2e, 01 mars 2001, n° 01-00.584.

d'une « *sanction ayant le caractère d'une punition* », déclarèrent le dispositif inconstitutionnel¹⁵⁹, le principe d'individualisation des peines ne pouvant s'accommoder plus longtemps d'une telle atteinte¹⁶⁰.

C'est alors la macro-moralisation de la vie politique via l'inéligibilité-sanction qui s'est trouvée mise à mal. En effet, la perte de l'automatisme a logiquement engendré une baisse concomitante des condamnations. C'est ce que révélait d'ailleurs le rapport rendu par M. Jean-Louis Nadal¹⁶¹ en 2015, intitulé « *Renouer la confiance publique* »¹⁶². L'un des constats effectués indiquait que « *les magistrats [étaient] souvent réticents à prononcer ce type de sanctions, estimant que la décision d'écarter un responsable public de la vie politique appartient aux seuls électeurs* »¹⁶³.

En troisième et dernier lieu, la macro-moralisation par la sanction d'inéligibilité, à partir de 2010, a ainsi perdu en effectivité sous le poids de la réticence du juge pénal à la prononcer. L'automatisme passée permettait aux juges répressifs de ne pas se voir imputer la responsabilité d'une quelconque intrusion dans le jeu démocratique, puisqu'ils n'intervenaient pas dans le choix de la sanction, celle-ci étant alors prononcée de plein droit.

Le rapport précité de 2015 proposait ainsi, comme alternative à l'automatisme et « *afin de rendre le prononcé de l'inéligibilité plus systématique* »¹⁶⁴, l'institution d'un mécanisme de peine quasi-obligatoire d'inéligibilité qui ordonnerait au juge de la prononcer, sous réserve de la possibilité de l'écarter par une décision spécialement motivée.

Une année plus tard, à l'occasion de l'examen en Commission des Lois du projet dit « *Loi Sapin II* »¹⁶⁵, un amendement en ce sens fut proposé et retenu. L'exposé des motifs de cet amendement indiquait que « *l'inéligibilité, lorsqu'elle sanctionne des infractions pénales, est une peine complémentaire facultative que le juge n'est jamais contraint de prononcer* »¹⁶⁶. Le député socialiste à l'origine de celui-ci, M. Sébastien Denaja, avait alors souligné que « [ses] concitoyens ne

¹⁵⁹ Cons. constit., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres*.

¹⁶⁰ S. LAMOUREUX, « Abrogation de l'article L7 du code électoral ou la fin d'une inconstitutionnalité attendue », *RGCT*, Éditions du Papyrus, 2010.

¹⁶¹ Ancien magistrat français et président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique du 19 décembre 2013 au 19 décembre 2019.

¹⁶² J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, La Documentation française, 2015.

¹⁶³ *Idem*, p. 138.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 142.

¹⁶⁵ Qui deviendra la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

¹⁶⁶ « *Loi Sapin II : Vers une peine d'inéligibilité obligatoire en cas de corruption ?* », *20 minutes*, 25 mai 2016, (<https://www.20minutes.fr/politique/1852599-20160525-loi-sapin-ii-vers-peine-ineligibilite-obligatoire-cas-corruption> – dernière consultation le 30 mai 2022).

[comprenaient] *plus l'impunité en la matière et que des responsables publics pouvaient continuer à faire carrière alors même qu'ils [avaient] porté atteinte à la probité* »¹⁶⁷.

Promulguée le 09 décembre 2016, la loi dite « *Sapin II* »¹⁶⁸, par son article 19, vient modifier les articles 432-17 et 433-22 du Code pénal en leur ajoutant chacun un aliéna.

D'une part, il est alors prévu par l'article 432-17 du Code pénal que « [...] *le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité mentionnée au 2° de l'article 131-26 et à l'article 131-26-1 est obligatoire à l'encontre de toute personne coupable de l'une des infractions définies à la section 3 du présent chapitre* »¹⁶⁹.

D'autre part, l'article 433-22 du Code pénal a été modifié pour disposer que « [...] *le prononcé de la peine d'inéligibilité mentionnée au 2° de l'article 131-26 et à l'article 131-26-1 est obligatoire à l'encontre de toute personne coupable de l'une des infractions définies aux articles 433-1 et 433-2* »¹⁷⁰.

La macro-moralisation de la vie politique retrouve alors, du moins en partie, une certaine effectivité qu'elle avait perdue avec l'abrogation de l'article L. 7 du Code électoral. Face à la réticence des juges à mettre à l'écart temporairement les édiles manquant à leur devoir de probité, le législateur de 2016 a ainsi tenté d'inverser la tendance.

In fine, le cheminement opéré d'une sanction automatique vers un prononcé quasi-obligatoire est révélateur de la place occupée par la probité dans la sincérité du jeu démocratique. Néanmoins, il faut constater que la macro-moralisation ainsi entreprise apparaissait relativement restreinte, pour ne pas dire timide. Qu'elle relève de l'automatisme ou du prononcé quasi-obligatoire, la sanction d'inéligibilité ne concernait alors que les atteintes au devoir de probité.

En ce sens, le mouvement ainsi présenté tendait inexorablement vers un renforcement quantitatif du nombre d'infractions susceptibles d'être sanctionnées à titre complémentaire par une telle peine d'inéligibilité quasi-obligatoire. En effet, la quête passée de probité (a) se meut aujourd'hui en recherche d'une exemplarité maximale de la représentation politique, signe d'une macro-moralisation décomplexée (b).

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Loi n° 2016-1691 du 09 déc. 2016.

¹⁶⁹ C'est-à-dire les manquements au devoir de probité.

¹⁷⁰ C'est-à-dire les infractions de soustraction et de détournement de biens.

b. La recherche de la confiance des citoyens à tout prix, une macro-moralisation décomplexée

Constatant l'ineffectivité du dispositif alors en vigueur et dans un contexte assombri par un nombre important de scandales politico-financiers, le Professeur Paul Cassia, dans une tribune accordée au journal *Le Monde*, appelait de ses vœux un « véritable big bang institutionnel »¹⁷¹.

Quelques mois plus tard, le législateur venait satisfaire cette demande par l'adoption de la loi ordinaire du 15 septembre 2017 dite « *Loi pour la confiance dans la vie politique* »¹⁷². S'est alors opéré un élargissement considérable du champ des infractions concernées par le prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité par l'introduction d'un nouvel article 131-26-2 au Code pénal, précédemment étudié au titre de la micro-moralisation de la vie politique par le juge répressif¹⁷³.

Auparavant cantonnée à la défense de la probité du corps des représentants politiques, la macro-moralisation change alors de focale. D'une probité restreinte, elle recherche désormais l'exemplarité maximale de la représentation politique nationale et locale. Il apparaît ainsi que « *l'ambition clairement affichée de la loi du 15 septembre 2017 est de faire de la peine d'inéligibilité obligatoire le 'centre de gravité' de la répression des infractions commises par les acteurs de la vie politique* »¹⁷⁴.

Il convient ainsi de revenir sur l'ensemble des infractions dont la commission conduit désormais au prononcé quasi-obligatoire d'une inéligibilité sur le fondement de l'article 131-26-2 du Code pénal. Ce panorama permettra de constater que la recherche de l'exemplarité des édiles n'est plus restreinte à la seule protection du devoir de probité et concerne désormais une véritable constellation d'infractions. Il ne faut toutefois pas omettre que cette peine d'inéligibilité peut tout à fait être prononcée sur le fondement de l'article 132-26, 2° du Code pénal, et ce lorsque les infractions en cause ne sont pas visées par l'article 131-26-2, II ou qu'elles ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur du dispositif institué par la loi ordinaire du 15 septembre 2017. Ainsi, c'est la macro-moralisation via l'inéligibilité-sanction qui se trouve grandement renforcée par une telle avancée.

¹⁷¹ P. CASSIA, « Moralisation de la politique : "La probité publique est autant affaire de textes que de comportements" », *Le Monde*, 31 mai 2017

(https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/05/31/la-probite-publique-est-autant-affaire-de-textes-que-de-comportements_5136377_3232.html – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁷² Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

¹⁷³ *Supra*.

¹⁷⁴ F. ROUSSEAU, « L'efficacité des peines en matière politique », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 50.

En la matière, seront étudiés successivement les délits respectivement visés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9° et 10° du II de l'article 131-26-2 du Code pénal, en spécifiant pour chacun le domaine concerné.

D'emblée, il faut relever que la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité pourra être prononcée pour tous les crimes¹⁷⁵ ainsi qu'en cas de délit de participation à une association de malfaiteurs¹⁷⁶ lorsqu'il aura eu pour objet la commission d'un des délits étudiés ci-après¹⁷⁷.

En premier lieu, relativement aux délits visés par l'article 131-26-2, II, 1° du Code pénal, il s'agit de la répression de certaines atteintes à l'intégrité physique ou psychique des personnes.

Sont concernés les infractions visées aux articles 222-9, 222-11, 222-12, 222-14, 222-14-1, 222-14-4, 222-15, 222-15-1 et 222-27 à 222-33-2-2 du Code pénal. La commission de ces infractions est réprimée par des peines d'emprisonnement allant de trois à dix ans et d'amende comprises entre 45 000 et 150 000 euros.

En la matière, le passage d'une simple recherche de probité à une quête d'exemplarité maximale est manifeste. Dès lors qu'un élu ou un candidat aura commis des violences, celui-ci sera mécaniquement soumis au mécanisme du prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité. Cela signifie donc que, conformément à l'article 222-13, 7° du Code pénal, « *la moindre violence commise par un élu dans l'exercice de ses fonctions, même si elle n'entraîne aucune incapacité totale de travail, sera nécessairement délictuelle en raison de la circonstance aggravante tenant à sa qualité d'agent public* »¹⁷⁸. Il est donc bel et bien question d'une macro-moralisation décomplexée.

À titre d'exemple, le 09 mars 2020 à Lyon, un élu de 41 ans, ancien adjoint à la mairie du 8^{ème} arrondissement, a été condamné à quatre mois de prison avec sursis et à trois ans d'inéligibilité par le tribunal correctionnel de Lyon pour avoir exercé des violences sur sa conjointe¹⁷⁹.

En deuxième lieu, concernant les délits visés par l'article 131-26-2, II, 2° du Code pénal, il s'agit de certaines discriminations prévues aux articles 225-1 et 225-2 du même Code : leur commission étant punie de trois à cinq ans

¹⁷⁵ Art. 131-26-2, I du Code pénal.

¹⁷⁶ Art. 450-1 du Code pénal.

¹⁷⁷ Art. 131-26-2, II, 14° du Code pénal.

¹⁷⁸ F. ROUSSEAU, « L'efficacité des peines en matière politique », *ibid.*, p. 53.

¹⁷⁹ « Lyon : Prison avec sursis et inéligibilité pour un élu condamné pour violences conjugales », *20 minutes*, 10 mars 2020 (https://www.20minutes.fr/faits_divers/2736531-20200310-lyon-prison-sursis-ineligibilite-elu-condamne-violences-conjugales – dernière consultation le 30 mai 2022).

d'emprisonnement et par des amendes de 45 000 à 75 000 euros. Il est intéressant de relever que la qualification spéciale applicable aux seuls agents publics ne figure pas à l'article 131-26-2, II, 2° du Code pénal.

À l'instar des violences, la sanction quasi-obligatoire d'inéligibilité réprimant les discriminations témoigne d'un élargissement de la focale en matière de macro-moralisation.

En matière d'illustration jurisprudentielle, la cour d'appel de Grenoble a condamné en 2010 à cinq ans de privation de droits civiques, civils et de famille, dont l'éligibilité, le maire UMP de Pont-de-Chérucy (Isère), M. Alain Tuduri, reconnu coupable de « *discrimination raciale* »¹⁸⁰. Celui-ci était poursuivi pour usage abusif de son droit de préemption à des fins discriminatoires afin d'empêcher « *des acquéreurs potentiels de biens immobiliers portant un nom à consonance maghrébine de s'installer sur la commune* »¹⁸¹.

En troisième lieu, à propos des délits visés par l'article 131-26-2, II, 3° du Code pénal, ceux-ci se rapportent à *certaines atteintes aux biens*. Plus précisément, sont concernées l'escroquerie aux articles 313-1 et 313-2 du Code pénal, l'abus de confiance aux articles 314-1¹⁸² et 314-2¹⁸³ du même Code, ainsi que le recel ou le blanchiment du produit de ces infractions prévus respectivement aux articles 321-1 et 324-1 dudit Code : cet ensemble prévoyant des peines d'emprisonnement allant de cinq à sept ans et des amendes comprises entre 375 000 et 750 000 euros.

Dans ces hypothèses, la poursuite d'une finalité macro-moralisante apparaît plus légitime. En effet, le jeu démocratique ne pourrait se satisfaire d'une représentation politique, nationale comme locale, qui compterait dans ses rangs des auteurs de faits d'escroquerie ou d'abus de confiance.

Ainsi, le 23 mai 2019, la cour d'appel de Fort-de-France a condamné à 40 000 euros d'amende et à une peine complémentaire d'inéligibilité de deux ans, M. Athanase Jeanne-Rose, président de la Communauté d'Agglomération du Centre de la Martinique (CACEM) et maire de de la Commune de Saint-Joseph, pour escroquerie¹⁸⁴. Celui-ci était accusé d'avoir réalisé un montage financier

¹⁸⁰ « Un maire condamné pour discrimination », *Le Point*, 16 juin 2010 (https://www.lepoint.fr/politique/un-maire-condamne-pour-discrimination-16-06-2010-467364_20.php – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² L'article 314-1 du Code pénal réprime d'une peine de cinq d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus de confiance.

¹⁸³ L'article 314-2 du Code pénal porte les peines prévues par l'article 314-1 à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende dans certaines circonstances.

¹⁸⁴ « La cour d'appel confirme la condamnation pour escroquerie de l'élu politique Athanase Jeanne-Rose », *France TV Info La 1^{ère} Martinique*, 23 mai 2019

dans le but de pouvoir notamment bénéficier d'une défiscalisations et de subventions.

La République en Marche n'est pas en reste, puisqu'un député de la majorité, M. Mustapha Laabid, a été condamné à une peine de huit mois de prison avec sursis, à une amende de 10 000 euros ainsi qu'à trois ans d'inéligibilité par la cour d'appel de Rennes¹⁸⁵. Il lui était reproché des faits d'abus de confiance « *pour avoir détourné environ 21 000 euros, dont 15 000 euros de frais de bouche, en mélangeant dépenses de l'association 'Collectif Intermède' et dépenses personnelles* »¹⁸⁶. De l'aveu même de l'avocat du député En marche, M^e Julien Delarue, « *l'inéligibilité devient une peine de principe dans les affaires politico-judiciaires* »¹⁸⁷ ; et c'est tant mieux rajouterons-nous.

En quatrième lieu, sont visées à l'article 131-26-2, II, 4° du Code pénal, l'ensemble des infractions prévues au Chapitre Ier du Titre II du Livre IV du même code, c'est-à-dire celles se rapportant *aux actes de terrorisme*¹⁸⁸.

L'extension de la macro-moralisation est ici amplement compréhensible. Le corps des représentants politiques ne peut logiquement comprendre des coupables d'actes de terrorisme, tels que des faits d'apologie par exemple.

En la matière, une élue au Conseil régional de Bretagne, Mme Catherine Blein, a été condamnée par le tribunal correctionnel de Saint-Brieuc pour apologie du terrorisme¹⁸⁹ à une peine de prison d'un an avec sursis et à trois ans d'inéligibilité. Celle-ci s'était feinte d'un message publié sur le réseau social *Twitter* faisant suite aux attaques meurtrières perpétrées par un extrémiste à l'encontre de deux mosquées de Christchurch en Nouvelle-Zélande¹⁹⁰. À propos

(<https://la1ere.francetvinfo.fr/martinique/cour-appel-confirme-condamnation-escroquerie-elu-politique-athanase-jeanne-rose-713735.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁸⁵ « Abus de confiance : 8 mois de prison avec sursis et trois ans d'inéligibilité pour le député Mustapha Laabid », *France TV Info France 3 Bretagne*, 05 novembre 2020 (<https://france3-regions.francetvinfo.fr/bretagne/ille-et-vilaine/rennes/abus-confiance-8-mois-prison-sursis-trois-ans-ineligibilite-depute-mustapha-laabid-1891616.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ Art. 421-1 à 421-8 du Code pénal.

¹⁸⁹ Art. 421-2-5 du Code pénal : « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne* ».

¹⁹⁰ P. BIENVAULT, « Une élue de Bretagne, ex-FN, condamnée pour apologie du terrorisme », *La Croix*, 07 février 2020, (<https://www.la-croix.com/France/Justice/elue-Bretagne-FN-condamnee-apologie-terrorisme-2020-02-07-1201076967> – dernière consultation le 30 mai 2022).

de cette tuerie ayant causé la mort de quelques 49 personnes, cette ancienne du Front National avait alors déclaré « *tuerie en New Zealand : œil pour œil...* »¹⁹¹.

En cinquième lieu, s'agissant des infractions listées à l'article 131-26-2, II, 5° du Code pénal, sont concernés certains délits contre la nation, l'État et la paix publique. En la matière, il convient d'opérer une quadruple distinction.

*Tout d'abord, il est question des manquements au devoir de probité des agents publics*¹⁹² qui relevaient, jusqu'en 2017, du dispositif institué par la loi du 09 décembre 2016. Il s'agit des articles 432-10 pour la concussion, 432-11 pour la corruption passive et le trafic d'influence, 432-12 pour la prise illégale d'intérêts, 432-13 pour le pantouflage, 432-14 pour le favoritisme et 432-15 du Code pénal pour l'un seulement des versants de la soustraction et du détournement de biens. Sur ce dernier délit, il y a lieu de relever que tandis qu'elle relevait jusqu'alors du dispositif institué par la loi du 09 décembre 2016¹⁹³, l'inéligibilité n'est désormais prononcée qu'à titre facultatif pour l'infraction prévue à l'article 432-16 du Code pénal¹⁹⁴ sur le fondement de l'article 432-17, 1° du même Code. La commission de ces infractions est sanctionnée par d'importantes peines d'emprisonnement allant de deux à dix ans, et d'amendes particulièrement lourdes comprises entre 200 000 et 1 000 000 d'euros¹⁹⁵.

Tel que démontré précédemment, la mise à l'écart temporaire des membres de la représentation politique contrevenant à l'impératif de probité s'inscrit nécessairement dans une macro-moralisation de la vie politique¹⁹⁶. Le maintien du prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité est alors particulièrement bienvenu. Il permet de conforter la place de l'exigence de probité dans la finalité macro-moralisante de l'inéligibilité-sanction. Sont ainsi exclus temporairement de la vie politique, les élus et autres candidats aux élections politiques coupables d'infractions particulièrement graves sur le plan politico-financier.

En matière de manquements au devoir de probité, le territoire réunionnais constitue indéniablement un terreau particulièrement fertile. Il serait même possible de citer un exemple par manquement au devoir de probité tant les élus

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² C'est-à-dire par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public.

¹⁹³ Loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016, art. 19.

¹⁹⁴ L'article 432-16 du Code pénal réprime d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, la négligence de l'agent public ayant conduit à la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers d'un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui aurait été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission.

¹⁹⁵ Sachant que ce montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

¹⁹⁶ *Supra.*

locaux mettent du cœur à l'ouvrage. Toutefois, l'actualité récente suffira à illustrer le phénomène.

Ainsi en est-il par exemple de M. Joseph Sinimalé, ancien maire de Saint-Paul, et de sa fille Mme Sandra Sinimalé alors en charge du personnel communal, qui ont largement facilité le recrutement du mari de Mme Sinimalé en tant que chauffeur de l'autorité municipale. Ils étaient ainsi poursuivis pour prise illégale d'intérêts et détournement de fonds publics. Par jugement du tribunal correctionnel de Champ-Fleuri du 05 novembre 2020, M. Joseph et Mme Sandra Sinimalé ont écopé d'une peine de trois ans de prison avec sursis et de 100 000 euros d'amende chacun, complétée par une peine complémentaire d'inéligibilité de dix ans¹⁹⁷.

L'actuel maire de Saint-Philippe, M. Olivier Rivière, a quant à lui été condamné le 25 mars 2021 par la cour d'appel de Saint-Denis pour concussion et prise illégale d'intérêts. Entre 2016 et 2018 l'édile a dépassé le plafond mensuel maximum d'indemnités de fonction (8 500 euros). Les juges d'appel ont prononcé à son encontre une peine de huit mois de prison avec sursis et 10 000 euros d'amende, auxquelles s'ajoutent trois ans d'inéligibilité¹⁹⁸.

En pleine campagne pour sa réélection aux élections régionales des 20 et 27 juin 2021, M. Didier Robert, a pour sa part récemment écopé, le 21 mai 2021, d'une peine de prison de quinze mois avec sursis et de trois d'inéligibilité pour des faits d'abus de biens sociaux dans l'affaire dite des « *Musées Régionaux* » par jugement du tribunal correctionnel de Champ-Fleuri¹⁹⁹. Toutefois, celui-ci ayant interjeté appel de cette décision, sa candidature n'est pas compromise, du moins jusqu'à la décision définitive du juge répressif.

¹⁹⁷ « Joseph Sinimalé et sa fille sont condamnés à trois ans de prison avec sursis et 10 ans d'inéligibilité », *France TV Info La 1^{ère} Réunion*, 05 novembre 2020 (<https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/saint-paul/tribunal-correctionnel-le-clan-sinimale-va-etre-fixe-sur-son-sort-889520.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁹⁸ « La cour d'appel condamne Olivier Rivière à trois ans d'inéligibilité et huit mois de prison avec sursis », *France TV Info La 1^{ère} Réunion*, 25 mars 2021 (<https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/saint-philippe/la-cour-d-appel-condamne-olivier-riviere-a-trois-ans-d-ineligibilite-et-huit-mois-de-prison-avec-sursis-967603.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

¹⁹⁹ « Affaire des Musées régionaux : Didier Robert condamné à trois ans d'inéligibilité et 15 mois de prison avec sursis », *France TV Info La 1^{ère} Réunion*, 21 mai 2021 (<https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/affaire-des-musees-regionaux-didier-robert-condamne-a-trois-ans-d-ineligibilite-et-15-mois-de-prison-avec-sursis-1014304.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

Au titre d'un autre exemple récent mais qui ne concerne pas l'Île de la Réunion, le maire de la Commune de Givors a été reconnu coupable de prise illégale d'intérêts et écopé d'une peine de six mois d'emprisonnement et d'un an d'inéligibilité²⁰⁰. Celui-ci avait pris un intérêt moral à la nomination de sa sœur à un emploi fonctionnel (directeur général des services), alors qu'il avait la charge de la surveillance du recrutement. De plus, le maire avait alors signé personnellement les arrêtés de nomination.

Ensuite, sont visées *certaines entraves à l'action de justice*. Cela se rapporte aux articles 434-9 et 434-9-1 du Code pénal qui prévoient des peines d'emprisonnement de cinq à dix ans et des amendes comprises entre 500 000 et 1 000 000 euros²⁰¹.

En sus, sont mentionnées *certaines atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques*. Il s'agit-là des articles 435-1 à 435-10 du Code pénal. La commission des infractions visées par ces dispositions conduit au prononcé de peines d'emprisonnement allant de cinq à dix ans et à des amendes de 500 000 à 2 000 000 d'euros²⁰².

Enfin, les articles 445-1 et 445-1-1 du Code pénal se rapportent à *la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique* et sont réprimées par une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 500 000 euros²⁰³.

La macro-moralisation à l'œuvre dans la répression de ces délits contre la nation, l'État et la paix publique se manifeste avec évidence. Ainsi, la mise à l'écart temporaire par le prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité du personnel politique coupable d'infractions si graves pour l'exemplarité démocratique tend à moraliser la vie politique de l'extérieur par la prise en compte de valeurs dépassant son cadre restreint.

En sixième lieu, concernant les *délits visés par l'article 131-26-2, II, 6° du Code pénal*, il s'agit de *certaines atteintes à la confiance publique*. Cela se rapporte à des hypothèses de faux prévues aux articles 441-2, 441-3, 441-4, 441-5 et 441-6 du Code pénal : réprimant leur commission par des peines d'emprisonnement allant de deux ans à sept ans et des amendes comprises entre 30 000 et 150 000 euros. Sont également visés le recel ou le blanchiment de ces infractions respectivement aux articles 321-1 et 324-1 du même Code.

²⁰⁰ Cass. crim., 04 mars 2020, n° 19-83.390.

²⁰¹ Sachant que ce montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Idem.*

Le prononcé quasi-obligatoire de la peine d'inéligibilité à l'encontre des représentants politiques coupables d'infractions de faux est compréhensible dans le mouvement de macro-moralisation. En effet, même si ces infractions n'ont pas de lien direct avec la sphère politico-électorale, la représentation politique nationale et locale ne peut admettre dans ses rangs de tels comportements.

Ainsi, a écopé d'une peine de quinze mois d'emprisonnement avec sursis et trois ans d'inéligibilité l'adjointe d'un maire mourant ayant rédigé un faux acte de mariage pour satisfaire aux dernières volontés de l'édile²⁰⁴.

En septième lieu, s'agissant des délits visés par l'article 131-26-2, II, 8° du Code pénal, ceux-ci se rapportent à la fraude fiscale. Sont concernés les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts, lorsqu'ils sont commis en bande organisée ou lorsqu'ils résultent de l'un des comportements mentionnés aux 1° à 5° du II de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales. En la matière, sont prévues une peine d'emprisonnement de sept ans et une amende dont le montant s'élève à 3 000 000 d'euros²⁰⁵. Le recel ou le blanchiment du produit de ces infractions sont également visés respectivement aux articles 321-1 et 324-1 du même Code.

Par l'exclusion temporaire des fraudeurs fiscaux, la macro-moralisation de la vie politique via l'inéligibilité sanction est à l'œuvre. Dépassant le cadre de la simple sphère politico-électorale, cette répression par l'inéligibilité moralise le jeu démocratique de l'extérieur vers l'intérieur.

Au titre d'une illustration récente, les époux Balkany ont été condamnés le 10 juin 2020 par la cour d'appel de Paris à une peine d'inéligibilité de 10 ans pour des faits de fraude fiscale²⁰⁶. Par ailleurs, les juges d'appel ont prononcé l'exécution provisoire de la peine complémentaire d'inéligibilité, ce qui a conduit les édiles historiques de Levallois-Perret à quitter la mairie, même en l'absence d'une décision pénale devenue définitive²⁰⁷.

En huitième lieu, à propos des délits visés par l'article 131-26-2, II, 9° du Code pénal, il est question de la répression des délits d'initiés²⁰⁸. Sont ainsi

²⁰⁴ Cass. crim., 20 juillet 2011, n° 10-83.763.

²⁰⁵ Sachant que ce montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

²⁰⁶ « Fraude fiscale : le couple Balkany condamné en appel à 3 ans de prison ferme, avec inéligibilité immédiate », *France TV Info France 3 Paris Ile-de-France*, 12 juin 2020 (<https://france3-regions.francetvinfo.fr/paris-ile-de-france/hauts-de-seine/levallois-perret/fraude-fiscale-couple-balkany-condamne-appel-3-ans-prison-ferme-ineligibilite-immEDIATE-1794757.html> – dernière consultation le 30 mai 2022).

²⁰⁷ *Infra.*

²⁰⁸ Constitue un délit d'initié le fait, en toute connaissance de cause et pour une personne disposant d'une information privilégiée, d'en faire un usage en réalisant, pour elle-même ou pour autrui, soit directement, soit indirectement, une ou plusieurs opérations ou en annulant ou

concernées les infractions définies aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du Code monétaire et financier, ainsi que leur recel ou leur blanchiment : les peines prévues étant de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000 000 d'euros d'amende²⁰⁹.

Concernant ces infractions, l'inéligibilité prononcée quasi-obligatoirement s'inscrit dans une macro-moralisation analogue à celle à l'œuvre concernant les délits de fraude fiscale. Une moralisation de la sphère politique, alors libérée de représentants politiques coupables de tels délits, intervient de l'extérieur vers l'intérieur.

En neuvième et dernier lieu, les délits visés par l'article 131-26-2, II, 10° du Code pénal concernent certains abus de bien sociaux. Il s'agit des articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce qui prévoient une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros.

À l'instar des infractions de fraude fiscale et de délits d'initiés, la sanction d'inéligibilité à l'encontre des représentants politiques coupables de tels abus de biens sociaux témoigne de la finalité macro-moralisante de la sanction.

Le 09 septembre 2020, M. Karim Zéribi a été reconnu coupable par le tribunal correctionnel de Marseille d'abus de biens sociaux et a écopé d'une peine de deux ans de prison avec sursis, 50 000 euros d'amende et une inéligibilité de trois ans²¹⁰. Selon la présidente du tribunal, Mme Céline Ballérini, « *il a détourné des fonds publics (des subventions versées à deux associations) pour les affecter à des dépenses clairement personnelles et destinées à accompagner ses ambitions politiques* »²¹¹.

Concernant les conséquences du prononcé d'une telle peine complémentaire d'inéligibilité, les parlementaires subiront une « déchéance » de leur mandat au sens de l'article L.O. 136 du Code électoral²¹², tandis que la

en modifiant un ou plusieurs ordres passés sur l'émetteur ou l'instrument financier concerné par cette information privilégiée.

²⁰⁹ Ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage.

²¹⁰ J. JOLY, « Abus de biens sociaux : l'ex-Grande Gueule de RMC et député Karim Zéribi condamné », *Capital*, 09 septembre 2020 (<https://www.capital.fr/economie-politique/abus-de-biens-sociaux-lex-grande-gueule-de-rmc-et-depute-karim-zeribi-condamne-1379990> – dernière consultation le 30 mai 2022).

²¹¹ « Abus de biens sociaux : l'ex-élu marseillais Karim Zéribi condamné à deux ans de prison avec sursis », *Ouest France*, 09 septembre 2020 (<https://www.ouest-france.fr/provence-alpes-cote-dazur/marseille-13000/abus-de-biens-sociaux-l-ex-elu-marseillais-karim-zeribi-condamne-a-deux-ans-de-prison-avec-sursis-6966913> – dernière consultation le 30 mai 2022).

²¹² *Supra*.

« démission d'office » est prévue pour les élus locaux²¹³. Cette inéligibilité impacte le mandat en cours, même si celui-ci a été acquis antérieurement à la décision condamnant définitivement l'édile fautif²¹⁴ ; sous réserve, pour les élus locaux, qu'elle survienne postérieurement au mandat électif dont il est question. De plus, une telle inéligibilité empêche toute candidature à une élection politique au cours de son application.

In fine, le constat est sans appel. Le juge pénal dispose d'un arsenal étoffé pour prononcer l'inéligibilité des responsables politiques et autres candidats fautifs. Foncièrement renforcée sur le plan quantitatif depuis la loi ordinaire du 15 septembre 2017²¹⁵, la macro-moralisation de la vie politique, qui se cantonnait antérieurement à la sanction automatique puis quasi-obligatoire des atteintes à la probité, est désormais mise en œuvre à l'encontre d'une constellation d'infractions. Arme de guerre ou de dissuasion, l'inéligibilité-sanction ainsi déployée questionne néanmoins sur son volet qualitatif. Selon le Professeur Christophe Roux, une telle expansion peut être analysée comme « *un avatar aussi inutile que contre-productif de la frénésie moralisatrice et [...] un aveu d'échec quant à l'arsenal juridique mis en œuvre ces dernières années* »²¹⁶.

En tout état de cause, nous retiendrons que cette extension du champ matériel par l'introduction de l'article 131-26-2 du Code pénal témoigne du passage d'une macro-moralisation restreinte au devoir de probité à la recherche d'une exemplarité maximale de la représentation politique nationale et locale. La quête d'une confiance retrouvée des citoyens en leurs représentants politiques paraît être à ce prix. Une telle exigence d'exemplarité des élus comme des candidats aux élections politiques, « *au-delà des actes de la fonction, [impose] vertu et moralité* »²¹⁷.

Suite à cette étude du champ d'application matériel et organique des inéligibilités-sanctions visant la représentation politique nationale et locale, qu'il s'agisse d'élus ou de candidats (A), il y a lieu de se focaliser sur le volet personnel de ces sanctions sous l'angle de la micro-moralisation de la vie politique. Plus précisément, l'analyse de cette dernière révèle l'existence d'une contrainte asymétrique : les nombreuses inéligibilités-sanctions mobilisables à l'endroit des parlementaires contrastant avec l'absence de mécanisme de mise à l'écart temporaire dans le cadre de l'élection présidentielle (B).

²¹³ *Supra*.

²¹⁴ Sous réserve d'une cause intervenue postérieurement à l'élection concernant les élus locaux.

²¹⁵ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

²¹⁶ C. ROUX, « Moralisation de la vie politique, morale parlementaire... moralité constitutionnelle », *ibid.*

²¹⁷ F. ROUSSEAU, « L'efficacité des peines en matière politique », *ibid.*, p. 53.

B. La micro-moralisation inégale du corps des représentants politiques

Entendue comme la mise à l'écart temporaire des responsables d'atteintes directes à la sphère politico-électorale, la micro-moralisation de la vie politique via l'inéligibilité-sanction, loin de s'appliquer à l'ensemble de la représentation politique nationale et locale, semble faire prévaloir une certaine asymétrie vis-à-vis des candidats et des élus potentiellement concernés par le mécanisme.

En effet, l'analyse du champ personnel des inéligibilités-sanctions à finalité micro-moralisante conduit à s'interroger sur l'existence d'un fort déséquilibre entre deux catégories de représentants politiques : les parlementaires nationaux *d'une part*, et les candidats et l'élu à la présidence de la République *d'autre part*. Alors que les premiers croulent littéralement sous les obligations déclaratives et ont à connaître d'un mécanisme de vérification fiscale récemment institué, il est assez particulier que la démocratie française ait fait le choix de l'ordre et de l'injustice en ce qui concerne l'accession à la plus haute fonction de l'État. Cette réalité souligne en tout cas le caractère perfectible de l'architecture actuelle des inéligibilités-sanctions en termes de moralisation de la vie politique.

Malgré le poids disproportionné des obligations déclaratives et fiscales que doivent respecter les parlementaires sous peine d'être sanctionnés par l'inéligibilité (1), les candidats comme l'élu à la présidence de la République continuent de bénéficier de l'excuse républicaine comme obstacle insurmontable à une potentielle mise à l'écart temporaire du jeu démocratique (2).

1. La micro-moralisation renforcée à l'égard des parlementaires

La micro-moralisation via l'inéligibilité-sanction fondée sur l'impératif de transparence pèse lourdement sur les parlementaires nationaux. En effet, à la différence de leurs homologues locaux, ils risquent de perdre leur mandat et la possibilité de prendre part au jeu démocratique à raisons d'inéligibilités-sanctions supplémentaires en matière de transparence.

Cette notion, « *désormais omniprésente dans le discours juridique* »²¹⁸, fonde un certain nombre d'inéligibilités-sanctions précédemment abordées, qu'elles soient déclarées par le juge de l'élection ou prononcées par le juge pénal. Ainsi en est-il de l'accumulation d'inéligibilités-sanctions réprimant les manquements des parlementaires à leurs obligations déclaratives (a) et de celle sanctionnant les irrégularités constatées à l'occasion de la vérification de leur situation fiscale (b).

²¹⁸ J.-F. KERLÉO, « La transparence de la vie publique en droit », *Sens-Dessous*, vol. 20, n°2, 2017, pp. 15-27.

Il y a lieu d'indiquer à nouveau que les sanctions qui vont être présentées s'appliquent autant aux députés qu'aux sénateurs en vertu de l'article L.O. 296 du Code électoral.

a. L'accumulation d'inéligibilités-sanctions en matière d'obligations déclaratives

De manière générale concernant les obligations déclaratives, « *la transparence patrimoniale fait étroitement corps avec la prise en compte du risque de conflits d'intérêts qui pèse tout particulièrement sur les activités des responsables publics* »²¹⁹. Cela vaut certes pour les députés et sénateurs, mais également pour l'ensemble du personnel politique soumis à de telles obligations.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel considère que « *l'obligation de dépôt auprès d'une autorité administrative indépendante des déclarations d'intérêts et d'activités et des déclarations de situation patrimoniale des membres du Parlement a pour objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci. Elle est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général* »²²⁰.

Profondément revisité en 2013²²¹ et renforcé en 2017²²², le dispositif consiste à communiquer à un certain nombre d'autorités et selon des modalités particulières deux déclarations. Chaque membre du Parlement est ainsi tenu d'adresser « *une déclaration exhaustive, exacte, sincère et certifiée sur l'honneur de sa situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis* » au bureau concerné²²³ et au président de la HATVP, dans les deux mois suivant son entrée en fonction. Dans les mêmes conditions, les parlementaires transmettent également une déclaration « *faisant apparaître les intérêts détenus à la date de leur élection et dans les cinq années précédant cette date, ainsi que la liste des activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, qu'il[s] envisage[nt] de conserver* »²²⁴. Sept mois au plus tôt et six mois au plus tard avant l'expiration de leur mandat²²⁵, ceux-ci communiquent une déclaration de situation

²¹⁹ A. FRANÇOIS et É. PHÉLIPPEAU, « Chapitre 1. Les politiques et réglementations sur le financement et la probité politiques », in A. FRANÇOIS et É. PHÉLIPPEAU (dir.), *Le financement de la vie politique. Réglementations, pratiques et effets politiques*. Armand Colin, 2015, pp. 13-43.

²²⁰ Cons. constit. 09 octobre 2013, n° 2013-675 DC, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*.

²²¹ Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013, art. 1^{er}.

²²² Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017, art. 6.

²²³ Assemblée nationale ou Sénat.

²²⁴ Art. L.O. 135-1, I du Code électoral.

²²⁵ Le délai sera de deux mois à compter de la fin des fonctions en cas de dissolution de l'Assemblée nationale ou de cessation du mandat pour une cause autre que le décès.

patrimoniale à la HATVP, afin de récapituler l'ensemble des revenus qu'ils ont perçus et, le cas échéant, par la communauté depuis le début du mandat parlementaire en cours.

Il faut relever qu'une « *modification substantielle* »²²⁶ de la situation patrimoniale, des intérêts détenus et/ou des activités exercés implique d'établir une nouvelle déclaration (d'intérêts et d'activités et/ou de situation patrimoniale) dans un délai de deux mois à compter de ladite modification.

Ces obligations pesant certes sur un large éventail d'individus, la micro-moralisation de la vie politique apparaît ici lourde de conséquences pour les députés et sénateurs. En effet, le parlementaire peut connaître de l'inéligibilité-sanction prononcée par le juge pénal²²⁷ mais aussi de celle déclarée par le Conseil constitutionnel²²⁸ ; à la différence des autres élus ayant à déclarer activités, intérêts et situation patrimoniale et dont la liste figure à l'article 11 de la loi organique n° 2017-1338 du 11 octobre 2013.

En deuxième lieu, avant de s'intéresser à l'impact de cette accumulation et sa portée en termes de micro-moralisation, il y a lieu de s'arrêter sur le contenu desdites déclarations. Celles-ci doivent renseigner diverses informations listées aux II et III de l'article L.O. 135-1 du Code électoral :

« II. – *La déclaration de situation patrimoniale porte sur les éléments suivants :*

1° *Les immeubles bâtis et non bâtis ;*

2° *Les valeurs mobilières ;*

3° *Les assurances vie ;*

4° *Les comptes bancaires courants ou d'épargne, les livrets et les autres produits d'épargne ;*

5° *Les biens mobiliers divers d'une valeur supérieure à un montant fixé par voie réglementaire ;*

6° *Les véhicules terrestres à moteur, bateaux et avions ;*

7° *Les fonds de commerce ou clientèles et les charges et offices ;*

8° *Les biens mobiliers, immobiliers et les comptes détenus à l'étranger ;*

9° *Les autres biens ;*

10° *Le passif.*

Le cas échéant, la déclaration de situation patrimoniale précise, pour chaque élément mentionné aux 1° à 10° du présent II, s'il s'agit de biens propres, de biens de la communauté ou de biens indivis.

²²⁶ Art. L.O. 135-1, I du Code électoral.

²²⁷ Art. 131-26-2, II, 12° du Code pénal.

²²⁸ Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

Les déclarations de situation patrimoniale déposées en application du troisième alinéa du I comportent, en plus des éléments mentionnés aux mêmes 1° à 10°, une présentation des événements majeurs ayant affecté la composition du patrimoine depuis la précédente déclaration.

III. – La déclaration d'intérêts et d'activités porte sur les éléments suivants :

1° Les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de l'élection ;

2° Les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ;

3° Les activités de consultant exercées à la date de l'élection et au cours des cinq dernières années ;

4° Les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de l'élection ou lors des cinq dernières années ;

5° Les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de l'élection, ainsi que les participations directes ou indirectes qui confèrent le contrôle d'une société, d'une entreprise ou d'un organisme dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil ;

6° Les activités professionnelles exercées à la date de l'élection par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ;

7° L'exercice de fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;

9° Les autres fonctions et mandats électifs exercés à la date de l'élection ;

10° Les noms des collaborateurs parlementaires ainsi que les autres activités professionnelles déclarées par eux ;

11° Les activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, que le député envisage de conserver durant l'exercice de son mandat.

La déclaration précise le montant des rémunérations, indemnités ou gratifications perçues par le député au titre des éléments mentionnés aux 1° à 5°, 9° et 11° du présent III ».

Au-delà de la micro-moralisation portée par l'inéligibilité-sanction, cette liste témoigne du poids de la transparence sur la vie privée des responsables politiques soumis à ces obligations déclaratives.

En troisième lieu, s'agissant de la déclaration de situation patrimoniale, il a été précisé qu'« en retenant la mention des 'autres biens' (9°) qui ne figurent

pas dans l'une des autres catégories de la déclaration de situation patrimoniale, le législateur a entendu inclure tous les éléments du patrimoine d'une valeur substantielle, avec en particulier les comptes courants de société et les options de souscription ou d'achat d'actions »²²⁹.

Jugeant de la constitutionnalité de la mention « *participations directes ou indirectes qui confèrent le contrôle d'une société, d'une entreprise, ou d'un organisme dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil* » ajoutée en 2017²³⁰, il est intéressant de relever l'argumentaire du Conseil constitutionnel. Selon les Sages de la rue de Montpensier, « *le législateur organique a ainsi poursuivi un motif d'intérêt général. [...] En vertu de l'article 3 de la Constitution, les membres du Parlement participent à l'exercice de la souveraineté nationale et, aux termes du premier alinéa de son article 24, ils votent la loi et contrôlent l'action du Gouvernement. [...] Il résulte de ce qui précède que l'article 6 ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée* »²³¹.

En quatrième et dernier lieu, concernant les inéligibilités-sanctions qui pourraient éventuellement frapper les parlementaires rétifs à l'impératif de transparence, il faut ainsi distinguer celles déclarées par le Conseil constitutionnel de celles prononcées à titre de peine complémentaire par le juge pénal.

D'une part, une inéligibilité-sanction pourra être déclarée en cas d'absence de dépôt de l'une et/ou de l'autre des déclarations susmentionnées. Le Conseil constitutionnel est saisi, dans les conditions précédemment citées, par le bureau de l'Assemblée concernée lui-même préalablement saisi par la HATVP. Le premier constatera alors « *le cas échéant, l'inéligibilité du député [ou du sénateur] concerné et le déclare[ra] démissionnaire d'office par la même décision* »²³². À l'heure actuelle, il semble qu'aucun parlementaire n'ait eu la 'bonne idée' de ne pas communiquer l'une des déclarations visées à l'article L.O. 135-1 du Code électoral. La micro-moralisation de la vie politique témoigne ici d'une certaine infantilisation des parlementaires. En effet, l'accent mis sur l'obligation de fournir de telles déclarations et plus largement la place aujourd'hui occupée par l'impératif de transparence impliquent qu'il soit difficilement concevable qu'un député ou un sénateur ne daigne pas fournir, bien qu'incomplet, l'un de ces documents. Dès lors, l'existence d'une sanction aussi grave que l'inéligibilité, pour une absence totale de communication qui dans les faits ne se produira que de manière rarissime, illustre un excès de micro-moralisation à l'endroit des parlementaires.

²²⁹ Cons. constit. 09 octobre 2013, n° 2013-675 DC, précité.

²³⁰ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017, art. 6.

²³¹ Cons. constit. 08 septembre 2017, n° 2017-753 DC, *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*.

²³² Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

D'autre part, en cas d'omission d'une partie substantielle du patrimoine dans les déclarations concernées²³³ ou de communication d'une évaluation mensongère en matière patrimoniale, le juge pénal, outre une peine principale de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, prononcera quasi-obligatoirement la peine complémentaire d'inéligibilité prévue à l'article L. 131-26-2, II, 12° du Code pénal. Il pourra toutefois écarter l'inéligibilité-sanction par une décision spécialement motivée en tenant compte des circonstances de l'infraction et de la personnalité du parlementaire en cause. Il faut relever que le procureur de la République pourra être saisi par la HATVP dans l'hypothèse où elle aurait connaissance de faits pouvant faire l'objet de poursuites pénales²³⁴. Par cette sanction d'inéligibilité, la micro-moralisation quitte l'infantilisation pour rejoindre les berges du pragmatisme. D'ailleurs, cette inéligibilité-sanction peut être prononcée à l'encontre de nombreux responsables publics soumis aux obligations déclaratives.

Au titre des conséquences de ces inéligibilités déclarées ou prononcées, elles ont toutes les deux pour finalité de conduire à la mise à l'écart temporaire du parlementaire en cause et donc à sa démission d'office du mandat alors occupé. Néanmoins, ces sanctions diffèrent au regard de la durée de l'inéligibilité. Alors que l'inéligibilité-sanction est déclarée par le Conseil constitutionnel pour une durée d'un an²³⁵, celle prononcée quasi-obligatoirement par le juge pénal peut être d'une durée de dix ans en vertu de l'article 131-26-1 du Code pénal²³⁶.

In fine, cette accumulation d'inéligibilités-sanctions concernant les mêmes obligations déclaratives révèle le caractère disproportionné de la micro-moralisation à l'œuvre au titre de l'exigence de transparence dont le respect est imposé aux parlementaires. Ayant à supporter une micro-moralisation commune au titre de la sanction d'inéligibilité prononcée par le juge pénal, les députés et les sénateurs doivent également accepter la menace d'une courte inéligibilité dans une logique d'infantilisation moralisante.

Outre cette accumulation d'inéligibilités-sanctions (a) visant pour partie d'autres responsables publics, les parlementaires risquent également, mais cette fois-ci de manière exclusive, une mise à l'écart temporaire du jeu démocratique via un mécanisme récent tenant à la vérification de leur situation fiscale (b).

²³³ Cass. crim., 22 novembre 2017, n° 16-86.475.

²³⁴ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 23, IV.

²³⁵ Art. L.O. 128, 3° du Code électoral.

²³⁶ Le parlementaire occupant nécessairement un mandat électif public au moment où il transmet les déclarations d'intérêts et d'activités, et de situation patrimoniale.

b. L'inéligibilité-sanction et la vérification de la situation fiscale

La micro-moralisation appliquée aux parlementaires peut se révéler être un formidable outil pour l'expérimentation de nouveaux dispositifs de sanction. Ainsi en est-il de l'inéligibilité-sanction créée par la loi organique du 15 septembre 2017²³⁷ et codifiée à l'article L.O. 136-4 du Code électoral.

Fondée sur l'impératif de transparence et centrée sur la vérification de la situation fiscale des députés et sénateurs²³⁸, la déclaration de cette inéligibilité-sanction d'une durée maximale de trois ans entraînera leur démission d'office.

Avant de s'intéresser précisément au dispositif mis en place et à la mise en œuvre de celui-ci, il y a lieu de relever que la HATVP dispose de la faculté de solliciter l'administration fiscale afin que celle-ci lui communique « *toutes informations utiles à l'accompagnement de sa mission de contrôle* »²³⁹. Conséquence intéressante, dans pareille hypothèse « *les agents de l'administration fiscale sont alors déliés du secret professionnel à l'égard des membres et des rapporteurs de la Haute Autorité* »²⁴⁰.

En premier lieu, il convient de s'intéresser au texte fondant cette inéligibilité-sanction à destination exclusive des parlementaires. L'article L.O. 136-4 du Code électoral prévoit ainsi que :

« I. – Dans le mois suivant la date d'entrée en fonction d'un député, l'administration fiscale lui transmet une attestation constatant s'il a satisfait ou non, en l'état des informations dont elle dispose et à cette date, aux obligations de déclaration et de paiement des impôts dont il est redevable. Cette attestation ne constitue pas une prise de position formelle de l'administration fiscale sur la situation fiscale du député. Est réputé satisfaire à ces obligations de paiement le député qui a, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable, acquitté ses impôts ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec le comptable en vue de payer ses impôts, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités, majorations ou amendes, à condition qu'il respecte cet accord.

²³⁷ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017, art. 4.

²³⁸ En vertu de l'article L.O. 296 du Code électoral, ce mécanisme s'applique également aux sénateurs.

²³⁹ Art. L.O. 135-3 du Code électoral.

²⁴⁰ *Ibid.*

Lorsque l'attestation fait état d'une non-conformité, le député est invité, dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette invitation, à se mettre en conformité ou à contester cette appréciation. Au terme de ce délai, l'administration fiscale transmet l'attestation au bureau de l'Assemblée nationale et l'informe également, le cas échéant, de l'existence d'une contestation.

II. – Dans le mois suivant une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive faisant état d'un manquement du député aux obligations mentionnées au I, l'administration fiscale lui transmet une nouvelle attestation et l'invite à se mettre en conformité dans un délai d'un mois suivant la réception de cette invitation. Au terme de ce délai, l'administration fiscale transmet l'attestation au bureau de l'Assemblée nationale.

III. – Toute transmission d'attestation au député sur le fondement des I et II donne lieu à l'envoi d'une copie à l'organe chargé de la déontologie parlementaire de l'Assemblée nationale.

IV. – Lorsqu'il constate une absence de mise en conformité et de contestation, le bureau de l'Assemblée nationale saisit le Conseil constitutionnel qui peut, en fonction de la gravité du manquement, déclarer le député inéligible à toutes les élections pour une durée maximale de trois ans et démissionnaire d'office de son mandat par la même décision.

L'inéligibilité déclarée sur le fondement du présent article n'a pas d'effet sur les autres mandats acquis antérieurement à la date de la décision du Conseil constitutionnel ».

Il est donc question d'une vérification de la situation fiscale des parlementaires s'effectuant en quatre étapes.

Tout d'abord, dans le mois suivant l'entrée en fonction du parlementaire²⁴¹, celui-ci se voit transmettre par l'administration fiscale une attestation indiquant s'il a satisfait ou non aux obligations de déclarations et de paiement des dettes fiscales dont il est redevable.

Il faut souligner que cette attestation porte sur la situation fiscale de l'intéressé à compter de son entrée en fonction, mais qu'elle ne constitue en aucun cas une prise de position formelle de l'administration fiscale sur ladite situation. Sur ce dernier point, l'étude d'impact du projet de loi organique à l'origine de ce mécanisme indique clairement que « *le dispositif ne consiste en aucun cas à faire*

²⁴¹ Non le mois suivant l'élection du parlementaire.

un contrôle fiscal de l'élu dans le mois suivant l'élection. Il s'agit d'une vérification limitée au constat que l'élu a déposé les déclarations d'impôts qu'il devrait déposer et qu'il a payé ses dettes fiscales connues par l'administration à cette date »²⁴².

Ensuite, dans l'hypothèse d'une absence de conformité, l'élu est alors enjoint de régulariser sa situation dans un délai d'un mois. Il peut également, dans ce délai, contester ladite attestation de non-conformité par la voie d'un recours administratif ou juridictionnel. À l'issue de ce délai d'un mois, l'attestation, qu'elle fasse état d'une conformité suite à régularisation ou d'une non-conformité faute de s'être conformé aux obligations fiscales, est transmise par l'administration fiscale au bureau de l'Assemblée concernée²⁴³ et l'informe, le cas échéant, de l'existence d'une contestation.

Si le parlementaire emprunte la voie de la contestation, celle-ci interrompt la procédure en cours devant le bureau de l'Assemblée concernée, et ce dans l'attente d'une décision administrative ou juridictionnelle définitive relative à la situation fiscale en cause. En cas de décision favorable, la procédure n'a plus lieu de continuer. Or, si la décision définitive s'avérait défavorable en se fondant sur un manquement identifié du parlementaire à ses obligations fiscales, l'administration fiscale devra transmettre à ce dernier une nouvelle attestation. L'élu disposera alors, à nouveau, d'un délai d'un mois à compter de cette invitation pour se mettre en conformité vis-à-vis des dettes fiscales dont il serait redevable. À l'issue de ce délai d'un mois et en cas de persistance de la non-conformité, l'administration fiscale transmet alors l'attestation au bureau de l'élu concerné²⁴⁴, et ce afin que débute une phase d'instruction.

En sus, l'instruction de la situation du parlementaire par le bureau se bornera alors à constater la non-conformité vis-à-vis des obligations fiscales et l'absence de contestation engagée par le responsable politique concerné.

Enfin, constatant la persistance de l'absence de mise en conformité, le bureau est alors dans l'obligation de saisir le Conseil constitutionnel qui dispose, quant à lui, de la faculté de déclarer l'élu inéligible, en fonction de la gravité du manquement, « à toutes les élections pour une durée maximale de trois ans et démissionnaire d'office de son mandat par la même décision »²⁴⁵. Dans ces

²⁴² Étude d'impact sur le projet de loi organique *rétablissant la confiance dans l'action publique*, 14 juin 2017, p. 16.

²⁴³ Assemblée nationale ou Sénat.

²⁴⁴ Chacune des transmissions de l'attestation de conformité ou de non-conformité du parlementaire vis-à-vis de ses obligations fiscales au bureau de l'Assemblée concernée, s'accompagne de l'envoi d'une copie à l'organe chargé de la déontologie parlementaire de cette dernière.

²⁴⁵ Art. L.O. 136-4 du Code électoral.

conditions, il appartient donc au Conseil constitutionnel « *de tenir compte, dans le prononcé de l'inéligibilité, des circonstances de l'espèce* »²⁴⁶. L'inéligibilité ainsi déclarée entraîne la démission d'office du parlementaire et conduit à la tenue d'une élection partielle afin de pourvoir le siège devenu vacant²⁴⁷. Enfin, l'article L.O. 136-4 du Code électoral précise, depuis 2019²⁴⁸, que l'inéligibilité ainsi déclarée « *n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement* » à la décision des Sages de la rue de Montpensier.

En l'occurrence, la micro-moralisation est à l'œuvre dans la mesure où elle conduit à exclure du jeu démocratique les responsables politiques réfractaires au respect de l'impératif de transparence fiscale. L'inéligibilité-sanction intervient comme un vif rappel à l'ordre du parlementaire vis-à-vis des obligations inhérentes à son statut de représentant politique national.

En deuxième lieu, concernant ce mécanisme, il n'a pour le moment été appliqué qu'une fois à l'encontre d'un élu alors député de l'Île de la Réunion, bien connu de la Justice²⁴⁹ et des rubriques « *Faits divers* »²⁵⁰, M. Thierry Robert. Il fut notamment maire de la Commune de Saint-Leu de 2008 à 2017 et conseiller départemental de 2008 à 2013. Après un premier mandat de parlementaire acquis en 2012, il fut réélu à l'issue des élections législatives de juin 2017.

Conformément à l'article 4 de la loi organique du 15 septembre 2017²⁵¹, le dispositif de l'article L.O. 136-4 du Code électoral est applicable aux députés élus antérieurement à la publication du texte, raison pour laquelle ce mécanisme a pu être mis en œuvre pour le cas de M. Thierry Robert.

Suite à l'examen de sa situation fiscale, le député s'est vu adresser par les services fiscaux une attestation de non-conformité au titre de ses déclarations et autres impôts à la date du 16 septembre 2017, l'invitant alors à procéder à une régularisation ou à contester cette appréciation dans un délai d'un mois. Le parlementaire n'a alors que partiellement régularisé sa situation. C'est pourquoi l'administration fiscale a transmis au bureau de l'Assemblée nationale une seconde attestation faisant état de l'absence persistante de mise en conformité de

²⁴⁶ Cons. constit. 08 septembre 2017, n° 2017-753 DC, précité.

²⁴⁷ Art. L.O. 176, L.O. 178 et L.O. 319 du Code électoral.

²⁴⁸ Loi organique n° 2019-1268 du 02 décembre 2019 *visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral*, art. 2.

²⁴⁹ « Harcèlement : la condamnation de Thierry Robert confirmée en appel », *France TV Info La 1^{ère} Réunion*, 24 février 2018 (<https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/harcèlement-condamnation-thierry-robert-confirme-appel-562841.html> – dernière consultation le 8 juin 2022).

²⁵⁰ « Thierry Robert expulsé de la Préfecture », *LINFO.RE*, 14 septembre 2012, (<https://www.linfo.re/la-reunion/politique/thierry-robert-expulse-de-la-prefecture> – dernière consultation le 8 juin 2022).

²⁵¹ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017, art. 4.

celui-ci vis-à-vis de la totalité des obligations de paiement de ses impôts à la date du 29 janvier 2018.

En conséquence, le bureau de l'Assemblée nationale, se bornant à constater la non-conformité vis-à-vis des obligations fiscales et l'absence de contestation engagée par le responsable politique, a saisi le Conseil constitutionnel de la situation fiscale de ce dernier.

Par une décision n° 2018-1 OF²⁵² du 06 juillet 2018²⁵³, les Sages ont retenu une sanction lourde de conséquences à l'encontre de la légèreté de M. Robert à l'égard de ses obligations fiscales en le déclarant inéligible pour une durée de trois ans, soit le maximum prévu par le mécanisme, et démissionnaire d'office de son mandat de parlementaire.

Une telle sévérité s'explique néanmoins à l'aune des graves manquements du député en la matière. Notamment, le parlementaire n'avait pas, à l'expiration du délai d'un mois suivant la première attestation de non-conformité adressée par l'administration fiscale, « *acquitté ses impôts ni constitué des garanties suffisantes ni conclu un accord contraignant en vue de payer ses impôts* »²⁵⁴.

Malgré la régularisation partielle intervenue avant l'échéance du délai d'un mois, le Conseil constitutionnel a tenu compte de « *l'importance des sommes dues et de l'ancienneté de [la] dette fiscale qui porte sur plusieurs années et sur plusieurs impôts* »²⁵⁵ pour retenir la durée maximale d'inéligibilité prévue.

En troisième et dernier lieu, deux ans à peine après la déclaration de son inéligibilité, M. Robert a tenté de solliciter auprès du Préfet de la Réunion une hypothétique autorisation officielle de se présenter comme candidat aux élections municipales de mars 2020 concernant la Commune de Saint-Leu. Décision implicite de refus oblige, l'édile déchu s'est engagé sur la voie juridictionnelle en introduisant notamment un référé-liberté devant le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion. Ce recours fut logiquement infructueux tant devant le juge des référés du tribunal administratif²⁵⁶ que devant celui du Conseil d'État en appel²⁵⁷, un Préfet n'ayant pas compétence pour autoriser la candidature d'un élu inéligible. Dans son ordonnance, le juge des référés du Conseil d'État retient que « *si M. Robert soutient que le refus que lui a opposé le Préfet porte une atteinte grave et manifestement illégale à son droit de se porter candidat, le Code électoral, qui fixe les conditions dans lesquelles doivent être déposées et*

²⁵² Signifiant « Obligations Fiscales ».

²⁵³ Cons. constit., 06 juillet 2018, n° 2018-1 OF, précité.

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ TA Réunion, ord. réf., 18 novembre 2019, n° 1901471.

²⁵⁷ CE, 02 décembre 2019, n° 436154, *M. Robert*.

examinées les déclarations de candidature aux élections municipales, n'habilite pas le Préfet à autoriser, par anticipation, une telle candidature »²⁵⁸.

Commentant ces différentes décisions et plus généralement l'application du mécanisme de l'article L.O. 136-4 du Code électoral à la situation de M. Robert, le Professeur Romain Rambaud indique à juste titre que « *pour qui les fréquente, il est toujours frappant de constater l'audace du personnel politique [...] les candidats et les élus devraient prendre le droit électoral au sérieux* »²⁵⁹.

Ainsi, l'exemple de M. Thierry Robert fera date en matière de micro-moralisation de la vie politique, tant par les manquements sanctionnés que par la sanction retenue. Il y a lieu d'espérer, pour le bien-être du jeu démocratique, que lorsqu'un dispositif - tel que celui de l'article L.O. 136-4 du Code électoral - fonctionne, il soit également en mesure de dissuader. Toutefois, il ne faudrait pas que la marge d'appréciation dont dispose le Conseil constitutionnel et le rôle restreint du bureau de l'Assemblée concernée, se bornant à constater les irrégularités fiscales, conduisent à un certain immobilisme ou – pire – à une instrumentalisation du dispositif à des fins politiques.

In fine, l'application exclusive de l'inéligibilité-sanction aux députés et sénateurs interroge. À l'heure de la « *Confiance dans la vie politique* »²⁶⁰, il y a quelque chose d'étonnant à ne soumettre à ce mécanisme, particulièrement efficace par ailleurs, que les seuls parlementaires. En effet, la micro-moralisation de la vie politique par cette sanction devrait concerner *a minima* l'ensemble des élus et responsables visés par les sanctions d'inéligibilité au titre des obligations déclaratives précédemment étudiées²⁶¹. En tout état de cause, ceci témoigne de la contrainte excessive pesant sur les députés et sénateurs en matière d'inéligibilités-sanctions micro-moralisantes. Les membres du Parlement apparaissent comme un « public test » pour l'application d'une nouvelle sanction, et ce dans l'attente d'une éventuelle généralisation du mécanisme à un éventail élargi de responsables politiques.

L'accumulation de ces inéligibilités-sanctions témoigne du poids de la micro-moralisation pour la classe parlementaire (1). Entre les inéligibilités déclarées par le juge de l'élection et celles prononcées par le juge pénal pour des manquements aux obligations déclaratives, et la récente institution du mécanisme de la vérification fiscale, il faut constater avec le Professeur Alain-Gérard Slama que « *la transparence est une utopie, qui, par définition, est sans frontières ; son*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ R. RAMBAUD, « Vérification de la situation fiscale – inéligibilité – élections municipales 2020 », *RJOI* n° 27, 2020, pp. 214-219.

²⁶⁰ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 ; Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017.

²⁶¹ Art. L.O. 136-2 du Code électoral et Art. 131-26-2, II, 12° du Code pénal.

ambition est sans limites »²⁶². N'en déplaise aux députés et sénateurs. Ce constat tranche évidemment avec la légèreté blâmable de notre droit positif vis-à-vis de l'élection présidentielle qui, même en matière de micro-moralisation, apparaît décidément comme une sphère intouchable (2).

2. La micro-moralisation neutralisée à l'égard de l'élection présidentielle

« *Cœur de la vie politique* » sous la V^e République²⁶³, l'élection présidentielle se démarque assurément en matière de micro-moralisation. Largement dérogoire au droit commun électoral, ce temps fort de la politique française structure notre système démocratique et mobilise le corps électoral dans son ensemble. En ce sens, la micro-moralisation de la vie politique devrait en toute logique pénétrée pleinement – c'est-à-dire de la candidature aux éventuelles sanctions – le déroulement de l'élection présidentielle. À ce titre, de nombreuses obligations déclaratives fondées sur un impératif de transparence pèsent sur les candidats²⁶⁴, à l'instar d'ailleurs de celles qu'ont à supporter les élus locaux et nationaux²⁶⁵. Néanmoins, la ressemblance s'arrête là où commence la législation sur le financement des campagnes électorales.

Par un silence dont l'acceptabilité s'amenuise au fil du temps, les textes en vigueur ne permettent pas au juge de l'élection présidentielle de déclarer inéligible le candidat et/ou l'élu qui verrait son compte de campagne rejetée à raison d'irrégularités ou de dépassement du plafond autorisé de dépenses électorales.

En ne prévoyant que des sanctions de nature pécuniaire en pareille hypothèse (a), le droit positif n'offre ainsi que peu d'alternatives aptes à remédier à cette absence de mécanisme de mise à l'écart temporaire du politique fraudant aux fins d'accéder au plus haut niveau de l'État (b).

a. Des sanctions strictement pécuniaires aux conséquences blâmables

²⁶² A.-G. SLAMA, « Le professeur Alain-Gérard Slama analyse le détournement politique du concept de transparence », *Le Temps*, 15 avril 2013

(<https://www.letemps.ch/monde/professeur-alaingerard-slama-analyse-detournement-politique-concept-transparence> – dernière consultation le 8 juin 2022).

²⁶³ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, *op. cit.*, p. 175.

²⁶⁴ Il en va notamment ainsi concernant l'obligation faite aux candidats, au Président sortant et au Président élu de communiquer à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration d'intérêts et d'activités ainsi qu'une déclaration de situation patrimoniale visées à l'article L.O. 135-1 du Code électoral.

²⁶⁵ *Supra*.

De prime abord, il faut relever qu'il n'est pas question ici du contentieux des élections présidentielles *lato sensu* – excluant ainsi les protestations et autres contestations électorales – mais plus spécifiquement du contrôle du financement des campagnes électorales en lien avec le contentieux périphérique du remboursement des dépenses de campagne.

En premier lieu, candidats et élus à l'élection présidentielle²⁶⁶ bénéficient d'un remboursement plus ou moins important de leurs dépenses de campagne sous réserve du respect de règles tenant à l'origine de leurs ressources et au respect du plafond de dépenses autorisées. Sur ce dernier point, une lecture combinée de la loi du 06 novembre 1962 *relative à l'élection du Président de la République*²⁶⁷ et du décret du 30 décembre 2009 *portant majoration du plafond des dépenses électorales*²⁶⁸ révèle que le plafond de dépenses autorisées s'élève à 16 851 000 d'euros pour l'ensemble des candidats et à 22 509 000 d'euros pour ceux présents au second tour. De plus, il est prévu que « *lors de la publication de la liste des candidats au premier tour, l'État verse à chacun d'entre eux une somme de 153 000 euros, à titre d'avance sur le remboursement forfaitaire de leurs dépenses de campagne* »²⁶⁹.

Concernant le remboursement lui-même, celui-ci correspond à une fraction du montant de ce plafond qui varie de 4,75 % pour les candidats ayant reçu moins de 5 % des suffrages exprimés, à 47,5 % dès lors qu'un taux supérieur ou égal à 5 % des suffrages exprimés aurait été recueilli, sans distinction entre le premier et le second tour des élections présidentielles²⁷⁰.

Pour pouvoir bénéficier de ce remboursement forfaitaire, une procédure de contrôle du financement des campagnes électorales est organisée. À ce titre, la procédure applicable renvoie pour une part non-négligeable au droit commun. En effet, la loi du 06 novembre 1962 précitée, en son article 3, II, prévoit que les règles applicables au contrôle financier des élections de droit commun concernent également l'élection présidentielle. Cette disposition visant les articles L. 52-4 et suivants du Code électoral, le contrôle financier incombe ainsi en premier lieu à une autorité administrative déjà évoquée, la CNCCFP²⁷¹. Néanmoins, au titre d'une différence notable, le délai dont dispose la Commission pour vérifier la

²⁶⁶ Les élections de droit commun sont aussi concernées, dans une moindre mesure, par ce mécanisme de remboursement forfaitaire.

²⁶⁷ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

²⁶⁸ Décret n° 2009-1730 du 30 décembre 2009 portant majoration du plafond des dépenses électorales.

²⁶⁹ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, V, alinéa 2.

²⁷⁰ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, V, alinéa 3.

²⁷¹ *Supra*.

régularité des comptes de campagne est d'un an²⁷² contre six mois²⁷³ pour les élections de droit commun soumises à son contrôle. En sus, « *l'obligation de dépôt du compte de campagne ainsi que la présentation de ce compte par un membre de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés s'imposent à tous les candidats* »²⁷⁴.

En deuxième lieu, il convient de souligner que jusqu'en 2006²⁷⁵, les Sages de la rue de Montpensier, juges de l'élection présidentielle en vertu de l'article 58 de la Constitution²⁷⁶, étaient exclusivement compétents pour apprécier la régularité des comptes de campagnes des candidats à l'élection présidentielle. Depuis lors, la CNCCFP est compétente en la matière, le Conseil constitutionnel n'étant saisi qu'en cas d'appel formé par un candidat contre le rejet de son compte de campagne par la Commission conformément à la loi du 06 novembre 1962²⁷⁷. Contentieux de pleine juridiction particulier puisque seul le candidat dont le compte de campagne a été rejeté peut saisir le Conseil constitutionnel²⁷⁸.

En troisième lieu, malgré cette évolution satisfaisante de l'autorité en charge de la vérification au fond du compte de campagne, le problème reste entier en cas de rejet de ce dernier. En effet, la loi du 06 novembre 1962 ne fait pas de renvoi aux articles du Code électoral sanctionnant par l'inéligibilité de tels manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales²⁷⁹. Il en va de même concernant l'inéligibilité déclarée par le juge de l'élection pour sanctionner l'accomplissement de manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin²⁸⁰. Ainsi, dans l'hypothèse où un candidat serait élu Président de la République et verrait son compte de campagne rejeté, notre droit positif justifierait alors pleinement le maintien au pouvoir d'un fraudeur.

En 2001, le rapport remis à l'Assemblée nationale par le député socialiste, M. Bernard Derosier, relevait en ce qui concerne les élections présidentielles que « *contrairement aux autres élections, il n'existe pas de sanction d'inéligibilité ou d'annulation de l'élection du candidat fautif. Sans doute la campagne présidentielle est-elle particulière en ce qu'elle se déroule sur l'ensemble du*

²⁷² Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, II, alinéa 6.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ Art. L. 52-15, alinéa 2 du Code électoral.

²⁷⁵ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, II, alinéa 5.

²⁷⁶ Loi organique n° 2006-404 du 05 avril 2006 *relative à l'élection du Président de la République*, art. 2.

²⁷⁷ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, III, alinéa 3.

²⁷⁸ CAA Paris, 21 février 2019, n° 18PA03353.

²⁷⁹ Art. L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral.

²⁸⁰ Art. L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral.

territoire et mobilise des moyens humains et financiers considérables. Mais la transparence exige [pourtant] des règles strictes »²⁸¹.

Or, seules des sanctions de nature pécuniaire sont prévues dans l'hypothèse d'un rejet du compte de campagne. Tout d'abord, ce rejet conduit à l'obligation de rembourser l'avance de 153 000 euros versée par l'État. Surtout, les candidats fraudeurs ne peuvent obtenir le remboursement forfaitaire de leurs dépenses de campagne qui nécessite l'approbation de leur compte²⁸². Enfin, en cas de dépassement du plafond des dépenses, le politique fautif devra verser au Trésor public une somme égale au montant du dépassement²⁸³.

À ce jour, trois candidats aux élections présidentielles ont vu leur compte de campagne rejeté. Il s'agit tout d'abord des comptes de campagne de M. Jacques Cheminade en 1995²⁸⁴ et de M. Bruno Mégrét en 2002²⁸⁵ du fait de l'origine de certaines de leurs ressources. Le dernier en date fut le compte de campagne de M. Nicolas Sarkozy en 2012²⁸⁶ au titre d'un important dépassement du plafond autorisé de dépenses de campagne. D'ailleurs, il faut remarquer qu'à la suite de l'affaire des fausses factures dite « *Bygmalion* » relative à la campagne électorale de M. Sarkozy, il est imposé depuis 2016²⁸⁷ aux candidats de faire figurer en annexe de leur compte de campagne une présentation détaillée des dépenses exposées, des avantages et autres dons reçus²⁸⁸.

En tout état de cause, c'est dans une logique de raison d'État et de préservation de l'équilibre des institutions que le droit positif se refuse à envisager l'inéligibilité d'un candidat et surtout de l'élu à la présidence de la République. Le Professeur Francis Hamon résume ainsi de manière particulièrement limpide le dilemme dont il est question : « *si le compte rejeté est celui du candidat qui a*

²⁸¹ B. DEROSIER, *Rapport sur le projet de loi organique, modifié par le sénat, modifiant la loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel*, La Documentation française, 2001.

²⁸² Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, V, alinéa 4 ; Art. L. 52-15, alinéa 5 du Code électoral.

²⁸³ Art. L. 52-15, alinéa 6 du Code électoral.

²⁸⁴ Cons. constit., 11 octobre 1995, n° 95-88 PDR, *Compte de campagne de Monsieur Jacques Cheminade, candidat à l'élection présidentielle des 23 avril et 07 mai 1995*.

²⁸⁵ Cons. constit., 26 septembre 2002, n° 2002-113 PDR, *Compte de campagne de Monsieur Bruno Mégrét, candidat à l'élection du Président de la République des 21 avril et 05 mai 2002*.

²⁸⁶ CNCCFP, 19 décembre 2012, *Compte de campagne de Monsieur Nicolas Sarkozy, candidat à l'élection du Président de la République des 22 avril et 06 mai 2012* ; Cons. constit., 04 juillet 2013, n° 2013-156 PDR, *Recours de Monsieur Nicolas Sarkozy dirigé contre la décision du 19 décembre 2012 de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques*.

²⁸⁷ Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, art. 7.

²⁸⁸ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, II, alinéa 8.

été proclamé élu à l'issue du second tour, le pays va se trouver dans une situation politiquement absurde. La validité de l'élection ne peut pas être remise en cause puisque le rejet du compte n'a pas pour effet de rendre le candidat inéligible. [...] S'il perd en popularité, l'opinion aura du mal à admettre qu'il ait pu demeurer en fonctions malgré le désaveu qui lui a été infligé. Si, au contraire, il gagne en popularité, on reprochera au Conseil constitutionnel d'avoir fait preuve, en rejetant son compte, d'un formalisme étroit. Dans les deux cas, l'image des institutions en souffrira²⁸⁹ ». En d'autres termes, l'ordre républicain commande de favoriser une situation pourtant insoutenable sur le plan juridique.

En quatrième lieu, un tel raisonnement a amené le Conseil constitutionnel, alors présidé par M. Roland Dumas, à valider les comptes de campagne de M. Édouard Balladur²⁹⁰ et de M. Jacques Chirac²⁹¹ en 1995, alors même qu'ils présentaient d'évidentes irrégularités.

Dès 2015, à l'occasion de la publication d'une partie de ses carnets intimes²⁹², M. Dumas affirmait alors sans détour que « *les comptes de campagne d'Édouard Balladur et ceux de Jacques Chirac étaient manifestement irréguliers. Que faire ? [...] Annuler l'élection de Chirac aurait eu des conséquences terribles. J'ai pensé à mon pays. Je suis un homme de devoir. Nous avons finalement décidé, par esprit républicain, de confirmer, à l'unanimité au deuxième tour, son élection présidentielle. Je suis convaincu que j'ai sauvé la République en 1995* »²⁹³.

Toutefois, c'est l'ouverture récente des archives du Conseil constitutionnel qui a confirmé l'impensable : les Sages ont en effet sciemment minoré un certain nombre de dépenses et fermé les yeux sur la provenance des ressources afin de ne pas rejeter les comptes de campagnes de MM. Balladur et Chirac.

Une enquête menée par la Cellule investigation de Radio France, portant sur près de « *300 pages de comptes-rendus et d'annexes des 13 séances qui se sont déroulées entre le 27 juillet et le 11 octobre 1995* », permet de saisir l'ampleur des manœuvres des membres du Conseil constitutionnel en la

²⁸⁹ F. HAMON, « Le contrôle juridictionnel du compte de campagne des candidats à l'élection présidentielle : entre rigueur financière et prudence politique », *LPA* n°PA201321003, p. 4, 2013.

²⁹⁰ Cons. constit., 11 octobre 1995, n° 95-91 PDR, *Compte de campagne de Monsieur Édouard Balladur, candidat à l'élection présidentielle des 23 avril et 07 mai 1995*.

²⁹¹ Cons. constit., 11 octobre 1995, n° 95-86 PDR, *Compte de campagne de Monsieur Jacques Chirac, candidat à l'élection présidentielle des 23 avril et 07 mai 1995*.

²⁹² R. DUMAS, *Politiquement incorrect. Secrets d'État et autres confidences – carnets 1984-2014*, Cherche-Midi, 2015.

²⁹³ Y. THRÉARD, « Roland Dumas : 'J'ai sauvé la République en 1995' », *Le Figaro*, 27 janvier 2015, (<https://www.lefigaro.fr/politique/2015/01/27/01002-20150127ARTFIG00389-roland-dumas-j-ai-sauve-la-republique-en-1995.php> – dernière consultation le 8 juin 2022).

matière²⁹⁴. Malgré d'importants dépassements constatés (près de six millions de francs pour M. Balladur, et cinq millions de francs pour M. Chirac) et des versements en liquide à la provenance douteuse, les rapporteurs ont été invités par les Sages de la rue de Montpensier à appliquer une règle atypique sans fondement juridique : l'absence systématique de prise en compte des dépenses prétendument non-autorisées par les candidats. Au final, les comptes de campagne ont donc simplement été réformés mais non rejetés.

Il ressort des archives du Conseil constitutionnel que cette indulgence des Sages à l'égard du compte de campagne du Président de la République nouvellement élu, M. Jacques Chirac, a en quelque sorte rejailli sur la situation de M. Balladur. En dépit d'un versement unique et sans justificatif de quelques dix millions de francs trois jours après le premier tour, les membres du Conseil constitutionnel ont estimé que le rejet du compte de M. Balladur aurait nécessairement amené la Justice à s'intéresser au financement de la campagne de M. Chirac. En ce sens, c'est la volonté de protéger le compte de campagne de ce dernier, Président élu, qui a créé cette tolérance vis-à-vis du compte de campagne de M. Balladur, agissant ainsi comme une sorte de protection par ricochet. Ainsi naquit ce qu'il convient d'appeler la « jurisprudence Roland Dumas ».

En cinquième lieu, dans le cadre de l'élection présidentielle de 1995, il est intéressant de relever qu'une contrainte asymétrique existe également entre candidats. Ainsi en est-il notamment de l'exemple de M. Jacques Cheminade. Petit candidat inattendu à l'élection présidentielle de 1995, celui-ci a vu son compte de campagne rejeté à l'unanimité par les Sages de la rue de Montpensier. Aux termes de la décision du Conseil constitutionnel, des prêts consentis pour un montant de plus de deux millions de francs en l'absence de stipulation d'intérêts devaient entraîner le rejet du compte de campagne de ce candidat²⁹⁵. Ainsi, à la différence de sa légèreté blâmable à l'égard des comptes de campagne de MM. Chirac et Balladur, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé utile de tordre le droit afin de « *sauver la République* »²⁹⁶ dans le cas de M. Cheminade. Du moins le droit fut tout de même malmené mais dans le sens d'une particulière sévérité puisque selon l'article 1905 du Code civil un prêt est consenti par principe sans intérêts.

²⁹⁴ E. GUÉGUEN et S. TRONCHET, « Présidentielle 1995 : comment le Conseil constitutionnel a validé les comptes de campagne irréguliers de Chirac et Balladur », *Cellule investigation de Radio France*, 20 octobre 2020 (https://www.francetvinfo.fr/politique/affaire/affaire-karachi/enquete-franceinfo-presidentielle-1995-comment-le-conseil-constitutionnel-a-valide-les-comptes-de-campagne-irreguliers-de-chirac-et-balladur_4148081.html – dernière consultation le 8 juin 2022).

²⁹⁵ Cons. constit., 11 octobre 1995, n° 95-88 PDR, précité.

²⁹⁶ Y. THRÉARD, « Roland Dumas : 'J'ai sauvé la République en 1995' », *ibid.*

« *Dur envers les petits, mais timoré envers les grands, comme le sont souvent les mauvais juges dans les contes de fées de notre enfance* »²⁹⁷, le Conseil constitutionnel a pourtant conclu ses observations sur le déroulement de l'élection présidentielle de 1995 avec un optimiste déconcertant : « *en définitive, le bilan du contrôle des comptes de campagne opéré pour la première fois par le Conseil constitutionnel apparaît largement positif quant à son principe, sa mise en œuvre dans le respect des droits des candidats et sa portée dissuasive à la lumière des principes et des règles dégagées en jurisprudence* »²⁹⁸.

En sixième et dernier lieu, 17 ans après les errements de 1995, les Sages de la rue de Montpensier ont eu l'opportunité d'effacer, ne serait-ce qu'en partie, ce triste épisode attendant assurément à la légitimité de l'institution. C'est en effet en 2012, suite au recours de M. Sarkozy contre la décision de la CNCCFP rejetant son compte de campagne²⁹⁹, que le Conseil constitutionnel a explicitement confirmé l'existence d'un important dépassement du plafond autorisé de dépenses de campagne (466 118 euros)³⁰⁰. Selon M. René Dosière, particulièrement satisfait de ce retour au droit, « *on est décidément très loin des campagnes anciennes où l'opacité et l'absence de législation se traduisaient par des financements occultes et une utilisation des fonds secrets. Une illustration exemplaire des progrès accomplis depuis 20 ans dans les rapports entre l'argent et la politique* »³⁰¹.

Toutefois, en termes de moralisation de la vie politique, à l'heure où la transparence et l'exemplarité des élus sont présentées comme porte-étendards du renouveau de la confiance des citoyens en leurs institutions, il est particulier de constater l'absence persistante de sanction d'inéligibilité en la matière. D'ailleurs, l'argument de la stabilité des institutions au prix de l'injustice est récusé par la doctrine. Prônant la solution de l'annulation pure et simple de l'élection présidentielle, M. René Dosière et le Professeur Romain Rambaud affirment ainsi que « *dans toutes les élections, autres que la présidentielle, le rejet du compte de campagne du candidat élu est sanctionné par l'inéligibilité de l'intéressé et l'annulation de son élection. À l'élection présidentielle, la sanction est exclusivement financière [...]. Cette inégalité de traitement, choquante, n'a pas*

²⁹⁷ F. HAMON, « Le contrôle juridictionnel du compte de campagne des candidats à l'élection présidentielle : entre rigueur financière et prudence politique », *ibid.*

²⁹⁸ Cons. constit., 08 décembre 1995, n° 95-93 PDR, *Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 07 mai 1995.*

²⁹⁹ CNCCFP, 19 déc. 2012, précité.

³⁰⁰ Cons. constit., 04 juill. 2013, n° 2013-156 PDR, précité.

³⁰¹ R. DOSIÈRE, « Le rejet du compte de campagne de N. Sarkozy : une décision exemplaire », *Blog de René DOSIÈRE*, 08 juillet 2013, (<http://renedosiere.over-blog.com/article-le-rejet-du-compte-de-campagne-de-n-sarkozy-une-decision-exemplaire-qui-temoigne-des-progres-en-mati-118957499.html> – dernière consultation le 8 juin 2022).

de justification si ce n'est la déférence excessive du Parlement envers le Président de la République »³⁰².

In fine, la prééminence de l'élection du Président de la République sous la V^e République semble justifier l'absence de mécanisme de sanction à l'encontre de candidats peu scrupuleux et avides de pouvoir. Un tel constat questionne dès lors qu'il existe, comme exposé précédemment, une quantité pour le moins impressionnante de dispositifs conduisant à la mise à l'écart temporaire de responsables politiques, qu'il s'agisse de micro-moralisation ou de macro-moralisation. Dès lors, le silence du droit positif sur une situation aussi inacceptable témoigne de l'asymétrie qui règne en la matière.

Le choix de sanctions purement financières (a) ne permet ainsi d'envisager que des alternatives limitées pour compenser l'absence d'inéligibilité-sanction micro-moralisante dans le cadre de l'élection présidentielle (b).

b. Le caractère limité des alternatives au silence du droit positif

La contrainte asymétrique entre les candidats et l'élu à la présidence de la République d'un côté, et le personnel politique et notamment la classe parlementaire de l'autre, invite à penser les possibles alternatives à cette absence de moins en moins justifiable d'inéligibilité-sanction micro-moralisante en la matière.

À ce titre, deux solutions se dessinent : *d'une part*, une voie radicale, celle de la destitution du Président élu ; *d'autre part*, une voie plus douce, celle d'une interprétation extensive de la loi du 06 novembre 1962 par le Conseil constitutionnel, juge de l'élection, saisi régulièrement d'une contestation sur les opérations électorales.

En premier lieu, la méthode radicale susmentionnée – soit la destitution par le Parlement du candidat élu – peut *a priori* apparaître quelque peu déconnectée du domaine des possibles. Or de profondes irrégularités et malversations financières pourraient tout à fait conduire à la destitution du candidat élu si celles-ci étaient analysées comme se rapportant à un « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* » en vertu de l'article 68 de la Constitution du 04 octobre 1958. D'ailleurs, une telle évolution a déjà été proposée à deux reprises.

Tout d'abord, elle fut avancée en 2012 dans le rapport rendu par la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, dite

³⁰² R. DOSIÈRE et R. RAMBAUD, « Annulons l'élection d'un président qui ne respecte pas le financement électoral ! », *Observatoire de l'éthique publique*, 23 octobre 2020, (<https://www.capital.fr/economie-politique/annulons-lelection-dun-president-qui-ne-respecte-pas-le-financement-electoral-1384064> – dernière consultation le 8 juin 2022).

« *Commission Jospin* », groupe de réflexion mis en place par le Président de la République³⁰³. Constatant l'absence de sanction d'inéligibilité en cas de fraude ou de manquement grave aux règles du financement de la campagne, cette Commission admettait que « *cette différence de traitement [vis-à-vis des autres élections] est difficilement justifiable sur le plan des principes [...]*³⁰⁴ ». Celle-ci proposait alors « *qu'en cas de rejet du compte de campagne du candidat proclamé élu du fait de manquements d'une particulière gravité aux règles de financement, [...] la CNCCFP ou, en cas de recours contre ses décisions, le Conseil constitutionnel notifie sa décision au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat en vue d'éclairer le Parlement et de lui permettre d'engager, le cas échéant, en toute connaissance de cause, une procédure de destitution* »³⁰⁵.

Ensuite, à l'occasion du débat parlementaire sur ce qui deviendra la future loi organique du 29 mars 2021³⁰⁶ actualisant la loi du 06 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République, un amendement reprenant la proposition de la Commission Jospin a été soumis le 04 février 2021 à l'Assemblée nationale lors de la première lecture du projet de loi, sans qu'il soit retenu *in fine*. Aux termes de celui-ci, il était proposé « *de prévoir la notification de la décision de rejet aux présidents des deux Assemblées de sorte que le Parlement dispose des éléments lui permettant d'apprécier la mise en œuvre ou non d'une procédure de destitution en vertu de l'article 68 de la Constitution* »³⁰⁷.

Ainsi, une modification par la voie d'une loi organique permettrait d'accorder au Conseil constitutionnel la faculté d'assurer un tel relai entre le contrôle du financement de la campagne présidentielle et la responsabilité politique du Président de la République devant le Parlement.

Introduite dans la Constitution en 2007³⁰⁸, la destitution du candidat élu constitue un mécanisme de régulation démocratique exceptionnel dont l'application est conditionnée par de nombreuses étapes. Selon la loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014³⁰⁹, cette procédure requiert l'adoption, à la majorité des deux tiers des membres d'une des Assemblées (Assemblée nationale

³⁰³ Décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.

³⁰⁴ L. JOSPIN, *Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, La Documentation française, 2012, p. 21.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ Loi organique n° 2021-335 du 29 mars 2021 portant diverses mesures relatives à l'élection du Président de la République.

³⁰⁷ Amendement n° 285 du 04 février 2021, Projet de loi organique relatif à l'élection du Président de la République, N° COM-16.

³⁰⁸ Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution [Responsabilité du Président de la République].

³⁰⁹ Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution.

ou Sénat), d'une proposition de réunion du Parlement alors composé en Haute Cour. Cette proposition doit être transmise à l'Assemblée n'ayant pas déclenché la procédure qui dispose alors de quinze jours pour se prononcer sur son adoption. Dès lors, l'absence d'adoption de la proposition de destitution par cette Assemblée a pour effet de mettre un terme à la procédure. En cas d'adoption, le Parlement, alors réuni en Haute Cour, a l'obligation de se prononcer dans le mois suivant. Présidée par le président de l'Assemblée nationale, la Haute Cour peut prononcer la destitution du Président élu à condition qu'une telle décision soit prise à la majorité des deux tiers de ses membres.

Néanmoins, une telle solution connaît deux obstacles majeurs. *D'une part*, la majorité présidentielle au Parlement serait mécaniquement amenée à peser de tout son poids pour que l'adoption d'une proposition de destitution ne puisse aboutir. *D'autre part*, le candidat élu visait par une telle procédure pourrait opter pour la dissolution de l'Assemblée nationale³¹⁰ afin de mettre un terme à la procédure de réunion du Parlement en Haute Cour.

Mme Marie de Cazals constate ainsi que dans une telle hypothèse, « *une majorité aura été convaincue de la nécessité de destituer le Président ce qui ébranlera sûrement l'institution. L'attitude à adopter sera délicate et, même si le Président décide de recourir à la dissolution de l'Assemblée nationale, il sera affaibli. Il aura, en outre, toujours à essuyer la fronde des sénateurs contre lesquels il ne peut rien. Enfin, rien ne dit que ceux qui ont voté en faveur de la destitution ne soient pas réélus* »³¹¹. Partant, la voie de la destitution, théoriquement envisageable, apparaît peu praticable en réalité.

En second lieu, une voie plus douce, mais non moins audacieuse, pourrait être empruntée sur le terrain juridictionnel. Toutefois, une telle solution implique de rejoindre les berges du contentieux de l'élection présidentielle, c'est-à-dire celles de la contestation des opérations électorales devant le Conseil constitutionnel. Gardien de la « *régularité de l'élection du Président de la République* », le juge constitutionnel a logiquement compétence pour traiter de ce type de contestation en vertu de la Constitution³¹², de la loi du 06 novembre 1962 précitée³¹³ et de l'ordonnance n° 58-1067 du 07 novembre 1958³¹⁴.

³¹⁰ Art. 12 de la Constitution du 04 octobre 1958.

³¹¹ M. DE CAZALS, « La Ve République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFDC*, vol. 71, n°3, 2007, pp. 451-470.

³¹² Art. 58 de la Constitution du 04 octobre 1958.

³¹³ Loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962, art. 3, III.

³¹⁴ Ord. n° 58-1067 du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 50.

Il faut relever que ce contentieux, à la différence des élections de droit commun, se veut avant tout « *préventif et non correctif dans le sens où il est réalisé concomitamment à la proclamation des résultats, laquelle est ainsi véritablement définitive* »³¹⁵. C'est la raison pour laquelle la saisine du juge de l'élection présidentielle est enserrée dans des conditions très strictes par un important décret n° 2001-213 du 08 mars 2001³¹⁶. Aux termes de son article 30, seules trois catégories de requérants peuvent contester le déroulement des opérations électorales dans leur ensemble ou non. *Tout d'abord*, les électeurs ont la possibilité de faire inscrire leur contestation au procès-verbal le jour du vote, celle-ci pouvant porter sur la totalité des opérations électorales ou simplement celles se rapportant à leur circonscription. Cela signifie alors qu'ils ne saisissent pas directement le juge de l'élection et n'ont qu'un délai d'un jour pour faire inscrire leur réclamation au procès-verbal, soit le jour du scrutin. *Ensuite*, le représentant de l'État dispose quant à lui d'un délai de quarante-huit heures pour déférer directement au Conseil constitutionnel les opérations électorales ayant pu connaître des irrégularités dans sa circonscription. *Enfin*, l'ensemble des candidats à l'élection présidentielle peuvent également saisir directement le juge de l'élection dans un délai de quarante-huit heures, mais ont quant à eux la possibilité de contester la totalité des opérations électorales. Régulièrement saisis, les Sages de la rue de Montpensier ne disposent alors que d'un délai très court pour traiter les contestations leur étant ainsi transmises³¹⁷.

Dans l'hypothèse où des moyens fondés sur des manquements de candidats à la législation sur le financement des campagnes électorales ou d'autres manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin venaient à être soulevés devant lui, le juge de l'élection présidentielle ne peut, en principe, sanctionner ceux-ci par l'inéligibilité. En effet, l'article 3, II, alinéa 1^{er} de la loi du 06 novembre 1962 ne vise aucune des inéligibilités-sanctions réprimant de tels manquements.

Or, il n'est pas dit que le Conseil constitutionnel ne puisse, par une construction jurisprudentielle audacieuse dont il a le secret³¹⁸, apporter une réponse à ce silence assourdissant du droit positif. Si la loi de 1962 ne fait pas

³¹⁵ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit., p. 656.

³¹⁶ Décret n° 2001-213 du 08 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

³¹⁷ Décret n° 2001-213 du 08 mars 2001, art. 29.

³¹⁸ Par ex., le Conseil constitutionnel, à partir de la devise « *Liberté, égalité, fraternité* », a dégagé un principe de fraternité contenant une liberté, celle d'aider autrui : Cons. constit., 06 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric H. et autres*. De la même manière, il a déduit du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 le principe de sauvegarde de dignité de la personne humaine : Cons. constit., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

mention des articles L.O. 136-1 et L.O. 136-3 du Code électoral, elle prévoit néanmoins l'application de l'article L.O. 127 du même Code à l'élection présidentielle.

Aux termes de cet article, « *toute personne qui, à la date du premier tour de scrutin, remplit les conditions pour être électeur et n'entre dans aucun des cas d'inéligibilité prévus par le présent livre peut être élue à l'Assemblée nationale* »³¹⁹. Il faut préciser que cette disposition figure au Chapitre III du Titre II du Livre I^{er} du Code électoral, ce qui correspond aux conditions d'éligibilité et d'inéligibilité relatives aux parlementaires. Or, c'est précisément dans ce Chapitre que sont contenues les inéligibilités-sanctions précitées.

En ce sens, le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement considérer que la moralisation de la vie politique commande d'interpréter l'article 3, II, alinéa 1^{er} de la loi de 1962 comme renvoyant nécessairement aux sanctions d'inéligibilités prévues pour les élections législatives et sénatoriales³²⁰. Par une interprétation constructive et surtout amplement tenable eu égard à la rédaction sans équivoque de l'article L.O. 127 du Code électoral, le juge de l'élection présidentielle opérerait de la sorte une « mini-révolution » jurisprudentielle aux grandes conséquences constitutionnelles.

Dans une telle hypothèse, la micro-moralisation de la vie politique s'orienterait alors vers une saine gradation. Si des parlementaires nationaux ont à supporter, au nom de la transparence, une accumulation de sanctions d'inéligibilité au titre de leurs obligations déclaratives, il semble logique que les candidats à la présidence de la République aient à craindre le même sort *a minima* s'ils tentent d'accéder au pouvoir de manière illégale et frauduleuse.

Ainsi, cette technique du renvoi, bien connue des Sages de la rue de Montpensier³²¹, mériterait d'être utilisée dans le cas de l'élection présidentielle afin de compenser la carence actuelle de notre droit positif en la matière. Celle-ci « *aurait le même effet que l'arme atomique : la dissuasion et la prévention. [...] Elle renforcerait le caractère exemplaire de notre législation électorale en établissant que dans notre République, nul n'est au-dessus des lois, pas même le Président de la République* »³²².

Si par extraordinaire le juge de l'élection était amené à interpréter la loi du 06 novembre 1962 de manière aussi constructive, il n'en reste pas moins que les inéligibilités-sanctions dont il est question ne peuvent être prononcées que pour

³¹⁹ Art. L.O. 127 du Code électoral.

³²⁰ Art. L.O. 296 du Code électoral.

³²¹ Technique de la Constitutionnalité par renvoi.

³²² R. DOSIÈRE et R. RAMBAUD, « Annulons l'élection d'un président qui ne respecte pas le financement électoral ! », *ibid.*

une durée maximale de trois ans. Autrement dit, le candidat même élu qui se verrait déclarer inéligible via une interprétation extensive de l'article L.O. 127 du Code électoral, pourrait parfaitement se représenter à nouveau lors de la prochaine élection présidentielle. Partant, les effets pratiques d'une telle avancée semblent bien minces comparés à l'effort que le Conseil constitutionnel devrait fournir pour parvenir à une telle avancée. Certes plus envisageable que la procédure de dissolution du Président élu, le succès du choix de la voie juridictionnelle en la matière est toutefois loin d'être garanti.

In fine, eu égard au faible nombre et à la complexité de mise en œuvre d'alternatives au silence du droit positif, l'élection présidentielle apparaît décidément comme une sphère intouchable du point de vue de la moralisation de la vie politique via l'inéligibilité-sanction. Interrogé à propos des élections présidentielles de 1995 et du contrôle des comptes de campagne de MM. Balladur et Chirac par les Sages de la rue de Montpensier, le Professeur Romain Rambaud est catégorique : « *Il est certain que le système [...] aujourd'hui n'est pas satisfaisant et il faudrait qu'un Président de la République, même élu, puisse être déclaré inéligible [...]. On ne peut pas rester comme ça en France avec un système qui fait tout pour tolérer un compte de campagne qui serait illégal* »³²³.

Préférant l'ordre et l'injustice au respect du droit, la législation électorale française choisit l'ombre de la raison d'État en contradiction avec ce qu'elle impose pourtant à l'ensemble de la représentation nationale et locale : le respect des règles du jeu démocratique sous peine d'exclusion temporaire de ce dernier.

Dans ces conditions, la doctrine continue et continuera d'affirmer qu'« *on ne peut pas sérieusement envisager qu'un candidat déclaré élu à la présidence de la République puisse être démissionné d'office pour manquement aux règles de financement régissant l'élection présidentielle* »³²⁴ : ne serait-ce pas là, après tout, un manque de volonté plus qu'une inconcevable avancée juridique ?

Conclusion du I.

Pour reprendre l'expression de M. Bélih Nabli, c'est bien l'étude des différentes échelles de la « *moralisation- juridicisation* »³²⁵ sous le prisme de

³²³ R. RAMBAUD, « Présidentielle de 95 : pourquoi le Conseil Constitutionnel a-t-il validé des comptes de campagne irréguliers ? », *France Culture*, 21 octobre 2020, (<https://www.franceculture.fr/emissions/la-question-du-jour/presidentielle-de-95-pourquoi-le-conseil-constitutionnel-a-t-il-valide-des-comptes-de-campagne> – dernière consultation le 14 juin 2022).

³²⁴ M. GULLAUME, J. BENETTI, G. CARCASSONNE et H. PORTELLI, « Quelle réforme du système de présentation à l'élection présidentielle ? », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013.

³²⁵ B. NABLI, « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *ibid.*

l'architecture duale des régimes d'inéligibilités-sanctions qui a fait l'objet de la présente partie. La moralisation de la vie politique par la mise à l'écart temporaire de ces derniers se manifeste donc à deux niveaux. *D'une part*, une micro-moralisation du jeu démocratique s'opère par l'intervention conjointe des juges électoral et pénal réprimant les atteintes portées directement à la sphère politico-électorale. *D'autre part*, une macro-moralisation est assurée par le seul juge répressif via la sanction des manquements aux impératifs de probité et plus largement d'exemplarité inhérents à la qualité de représentant politique.

Ce mouvement global, qui s'exprime à l'échelle micro et à l'échelle macro, révèle ainsi qu'actuellement la quasi-totalité de la représentation politique nationale et locale doit supporter une présomption constante de culpabilité. Cerné par un risque quasi-permanent d'inéligibilité, le personnel politique avoue d'ailleurs avoir « *la moralisation dans les chaussettes* »³²⁶. Sur le volet quantitatif, l'ampleur du développement des inéligibilités-sanctions au cours de ces dernières années, notamment en matière pénale, témoigne d'une poursuite assumée de la moralisation de la vie politique comme finalité de la mise à l'écart temporaire des candidats et autres élus fautifs. L'arsenal juridique apparaît ainsi particulièrement étoffé en la matière.

Néanmoins, c'est véritablement sur l'aspect qualitatif des dispositifs étudiés qu'il y a lieu de s'interroger. À ce titre, la contrainte asymétrique ayant fait l'objet des précédents développements permet de constater le caractère perfectible des inéligibilités-sanctions en termes de moralisation de la vie politique. Quand certains politiques sont cernés, d'autres sont intouchables, or tous évoluent et agissent pourtant dans la même sphère démocratique. Or, à l'heure où tous les citoyens disposent notamment de la possibilité d'accéder aux comptes de campagne et aux décisions y afférentes³²⁷, il est étonnant qu'une démocratie se voulant la plus transparente possible continue à privilégier une solution qui n'a rien de satisfaisant s'agissant de la plus haute fonction de l'État.

Outre leur échelle de finalité moralisante, les inéligibilités-sanctions se distinguent en fonction du processus juridictionnel dont elles sont issues. En ce sens, l'approche matérielle, organique et personnelle des sanctions d'inéligibilité (I) doit être complétée par une analyse de leur mise en œuvre juridictionnelle, celle-ci venant au renfort de la moralisation de la vie politique (II).

³²⁶ C. BELAÏCH, « Les politiques ont la moralisation dans les chaussettes », *Libération*, 23 octobre 2019, (https://www.liberation.fr/france/2019/10/23/les-politiques-ont-la-moralisation-dans-les-chaussettes_1759341/ – dernière consultation le 8 juin 2022).

³²⁷ CE, Ass., 27 mars 2015, n° 382803, *Mediapart*.

II. La mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions au renfort de la moralisation de la vie politique

L'étude de la mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions conduit de nouveau logiquement à distinguer celles d'entre elles qui relèvent de la matière pénale de celles déclarées par le juge électoral. Néanmoins, eu égard aux développements précédents, la situation de l'élection présidentielle ne sera pas abordée du fait de l'absence d'inéligibilité-sanction en la matière.

Dès lors, l'analyse de la mise en œuvre de ces dispositifs impliquera nécessairement de s'intéresser aux offices respectifs du juge électoral et du juge répressif. Il faut souligner que « *si l'office du juge est bien l'ensemble des devoirs et des pouvoirs attachés à sa fonction, il ne peut s'agir que de devoirs et de pouvoirs déterminés par une source normative dite positive, c'est-à-dire ayant par convention une nature contraignante : la Constitution, la loi, le règlement, mais aussi d'autres textes, européens ou internationaux, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* »³²⁸. C'est en ce sens que la notion d'« office » sera ci-après entendue.

Au renfort du champ considérable couvert par les différentes déclinaisons de ce mécanisme de mise à l'écart temporaire des candidats et autres élus fautifs ayant porté directement ou indirectement atteinte à la sphère politico-électorale, la mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions s'avère assurément favorable à la moralisation de la vie politique. *D'une part*, le cadre constitutionnel et européen est assez peu contraignant vis-à-vis des sanctions d'inéligibilité, qu'elles soient déclarées par le juge électoral ou prononcées par le juge répressif. Au sein de cette espace, il est intéressant de constater qu'une osmose particulière caractérise les rapports entre le droit constitutionnel et ces inéligibilités-sanctions, tandis que ces dernières n'ont à supporter qu'une soumission relative aux exigences du droit du Conseil de l'Europe (A). *D'autre part*, s'agissant des offices juridictionnels menant au prononcé de la sanction d'inéligibilité, ceux-ci se distinguent au regard de leurs logiques propres. Il résulte alors de leurs différences une complémentarité particulièrement bénéfique à la moralisation de la vie politique (B).

³²⁸ B. BERNABÉ, « L'office du juge et la liturgie du juste », *Cahiers philosophiques*, vol. 147, n°4, 2016, pp. 48-67.

A. Un cadre constitutionnel et européen peu contraignant à l'égard du prononcé de la sanction d'inéligibilité

Déclarées par le juge de l'élection ou décidées par le juge pénal, les inéligibilités-sanctions interrogent quant à leur réception tant par le droit constitutionnel que par le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

À ce titre, il est bon de rappeler qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 « *tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* », ce qui conduit le juge constitutionnel à retenir une conception universaliste de la citoyenneté et des droits qui lui sont attachés³²⁹ dont l'éligibilité fait partie. Quant aux Juge de Strasbourg, ceux-ci estiment que « *le droit de se porter candidat aux élections, inhérent à la notion de régime véritablement démocratique, ne serait qu'illusoire si l'intéressé pouvait à tout moment en être arbitrairement privé* »³³⁰.

Loin de s'exclure, les sanctions d'inéligibilité se meuvent ainsi dans un cadre commun, aussi bien sur le plan constitutionnel que conventionnel. En ce sens, il convient d'examiner successivement la manière dont s'inscrivent ces dispositifs de mise à l'écart temporaire du jeu démocratique dans le cadre constitutionnel puis européen. Tandis qu'une osmose particulière caractérise les rapports entre les exigences constitutionnelles et les inéligibilités-sanctions (1), c'est une soumission relative qui se dessine sur le plan conventionnel (2), l'ensemble étant bien entendu particulièrement positif pour la poursuite d'une moralisation pertinente de la vie politique.

1. L'osmose particulière entre les exigences constitutionnelles et les inéligibilités-sanctions

Univers nébuleux à la construction anarchique, la coexistence d'inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral et prononcées par le juge pénal interrogent nécessairement sur leur prise en compte par le droit constitutionnel.

Dans le cadre d'une première réflexion, il peut être tentant d'avancer que la sanction d'inéligibilité déclarée par le juge de l'élection et la peine complémentaire prononcée par le juge répressif ne sauraient être envisagées sous

³²⁹ P. ESPLUGAS-LABATUT, « La citoyenneté vue par le Conseil constitutionnel français » in « La citoyenneté aujourd'hui », *Actes du colloque de Dakar*, 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse I, pp. 207-219.

³³⁰ Cour EDH, 09 avril 2002, n° 46726/99, *Podkolzina c. Lettonie*.

un prisme constitutionnel commun. Or, une étude des décisions juridictionnelles rendues à propos de celles-ci, quelle que soit leur coloration, révèlent qu'elles partagent un même caractère – celui-ci de « sanctions ayant le caractère d'une punition » – et doivent donc respecter un ensemble d'exigences inhérentes à celui-ci (a). Cependant, un même caractère ne signifie pas ipso facto une même nature. Aussi, malgré cette identité partagée, il est tout de même question de sanctions de nature différente, soit déclarées par le juge électoral, soit prononcées par le juge pénal. Dès lors, la question du possible cumul de celles-ci doit être abordée (b).

a. Des sanctions ayant le caractère d'une punition

De prime abord, il convient de rappeler qu'aux termes du dernier aliéna de l'article 3 de la Constitution de 1958, le droit de vote et d'éligibilité se définit comme la capacité d'être électeur, « *dans les conditions déterminées par la loi, reconnue à tous les nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques* »³³¹. Par une décision de 1982, les Sages de la rue de Montpensier ont précisé que « *la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu* »³³². Ainsi, c'est le critère d'incapacité qui fonde la possibilité pour le juge, quel qu'il soit, de priver un citoyen de son droit d'éligibilité.

Partant de ce constat le Conseil constitutionnel a œuvré dans le sens d'une réduction considérable de la distinction, jusqu'alors bien ancrée, entre le régime des sanctions pénales entourées de garanties préservatrices des droits fondamentaux du condamné, et celui des autres sanctions notamment administratives. Dans décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, le juge constitutionnel français a ainsi estimé que « *le principe de la séparation des pouvoirs non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »³³³.

³³¹ Art. 3 de la Constitution du 04 octobre 1958.

³³² Cons. constit., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*.

³³³ Cons. constit., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

Concernant les inéligibilités-sanctions pénales comme administratives, c'est véritablement la fameuse décision « *Conseil supérieur de l'audiovisuel* » rendue par les Sages de la rue de Montpensier qui retiendra ici l'attention. Le Conseil constitutionnel a alors posé le principe selon lequel « *une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ; [...] ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition [...]* »³³⁴.

Dès lors si les inéligibilités-sanctions partagent ce caractère, cela signifie qu'elles sont *ipso facto* soumises à l'ensemble des principes visés par le Conseil constitutionnel et qui s'imposent au prononcé d'une sanction en matière pénale. Une analyse de diverses inéligibilités-sanctions permettra ainsi d'établir que la jurisprudence leur reconnaît effectivement un tel caractère commun, celui de « punitions », selon qu'elles soient déclarées par le juge de l'élection ou prononcées par la juridiction pénale, avant de se focaliser sur l'une des exigences communes à celles-ci.

En premier lieu, les peines d'inéligibilités-sanctions prononcées par le juge pénal apparaissent logiquement et nécessairement comme les plus aisément qualifiables de « sanctions ayant le caractère d'une punition » au regard de leur nature. Qu'elle soit prononcée à titre principal ou complémentaire de manière quasi-obligatoire ou non, la peine d'inéligibilité s'analyse évidemment comme une sanction ayant le caractère d'une punition en ce qu'elle émane d'une juridiction pénale et prive le condamné de son droit de se présenter à une élection.

À ce titre, il est opportun de se reporter à la décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 précédemment étudiée³³⁵ concernant l'abrogation de l'article L. 7 du Code électoral³³⁶. Pour rappel, à partir de 1995³³⁷, l'article L. 7 du Code électoral sanctionnait les personnes coupables d'atteintes à la probité ou de recel de celles-ci par leur radiation automatique des listes électorales. Le Conseil constitutionnel avait alors raisonné de la manière suivante pour retenir le caractère punitif d'une telle sanction : « *Considérant que l'interdiction d'inscription sur la liste électorale imposée par l'article L. 7 du code électoral vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ; qu'elle emporte une incapacité d'exercer*

³³⁴ Cons. constit., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

³³⁵ Cons. constit., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, précité.

³³⁶ *Supra*.

³³⁷ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995.

une fonction publique électorale d'une durée égale à cinq ans ; qu'elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition »³³⁸.

Dès lors, un parallèle peut être établi entre feu l'article L. 7 du Code électoral et les actuels articles 131-26, 131-26-1 et 131-26-2 du Code pénal. La lecture combinée de ces derniers révèle qu'ils prévoient une sanction d'inéligibilité, soit la perte de la possibilité de se présenter à une élection, et répriment plus sévèrement notamment les personnes investies d'un mandat électif public lors de la commission des faits litigieux. Sur ce dernier point, l'article 131-26-1 du Code pénal prévoit en effet que la durée maximale de cinq ans d'inéligibilité sanctionnant la commission de certains délits est portée à dix ans au plus lorsqu'elle est le fait d'une personne investie d'un mandat électif public. De plus, tel qu'indiqué précédemment, l'article 131-26-2, II du même Code liste un nombre considérable de délits pour lesquels le prononcé de la peine d'inéligibilité est désormais quasiment obligatoire.

Partant, même si cela confinait déjà à l'évidence, les peines d'inéligibilité prononcées par le juge pénal, objets de la présente étude, constituent nécessairement des sanctions ayant le caractère d'une punition, et ce qu'elles s'inscrivent dans une finalité micro-moralisante ou macro-moralisante.

En deuxième lieu, les inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral semblent de prime abord moins facilement qualifiables de « sanctions ayant le caractère d'une punition » que leurs voisines pénales. Déclarées par le juge administratif ou constitutionnel, ces inéligibilités-sanctions à finalité micro-moralisante doivent pourtant être considérées comme telles.

Sur les quatre sanctions d'inéligibilité déclarées et précédemment étudiées, trois seront ici présentées ce qui conduira à retenir que cette notion de « sanctions ayant le caractère d'une punition » rejaillit en quelque sorte sur la dernière³³⁹. En la matière, sont concernées les articles L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral³⁴⁰, les articles L. 118-4 et L.O. 136-3 dudit Code³⁴¹ et l'article L.O. 136-4 du même Code. Sanctionnant respectivement les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales, les manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin et les errances en matière d'obligations fiscales, le juge électoral peut ainsi déclarer un candidat ou un élu fautif inéligible pour une durée maximale de trois ans sur le fondement de ces dispositions.

³³⁸ Cons. constit., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, précité.

³³⁹ Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

³⁴⁰ S'agissant du même mécanisme, seule le juge (constitutionnel ou administratif) déclarant l'inéligibilité diffère.

³⁴¹ *Idem*.

Tout d'abord, s'agissant des inéligibilités sanctionnant les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales, c'est-à-dire celles prévues aux articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral, elles ont été qualifiées de « sanctions ayant le caractère d'une punition » dès 1996³⁴². Par la suite, le juge de l'élection n'a cessé d'affirmer que l'inéligibilité-sanction déclarée consécutivement à la constatation de manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales avait le caractère d'une punition³⁴³. Réprimant indéniablement un comportement irrégulier constitutif d'un manquement à la législation sur le financement des campagnes électorales et œuvrant dans le sens d'une dissuasion de la réalisation de tels agissements par les responsables politiques, l'inéligibilité-sanction des articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral s'identifie ainsi assez aisément comme une sanction devant être entourée de garanties inhérentes aux punitions.

Ensuite, concernant la déclaration d'inéligibilité frappant les candidats et élus qui ont réalisé des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin, malgré l'absence de mention expresse par le juge de l'élection de la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition »³⁴⁴, l'inéligibilité prévue aux articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral doit s'analyser de la sorte. Dans ses conclusions sur l'arrêt « *Élections municipales de Vénissieux* »³⁴⁵, le rapporteur public, M. Vincent Daumas, relève que cette inéligibilité lui semble manifestement « constituer une sanction ayant le caractère d'une punition [...]. Son objet paraît clairement préventif et répressif mais, comme pour l'inéligibilité de l'article L. 118-3, il est aussi très lié au processus électoral puisqu'il s'agit de dissuader les candidats d'adopter des comportements de nature à porter atteinte à la sincérité »³⁴⁶. Dès lors, il est possible de déduire de l'absence de mention de la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » dans la jurisprudence relative à cette inéligibilité, l'évidence de sa dimension punitive. De surcroît, si l'inéligibilité prévue aux articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral est reconnue comme faisant partie de cette catégorie de sanctions, il est difficilement envisageable que tel ne

³⁴² CE, 10 juin 1996, n° 162481 et 162679, *Élec. cantonales de Toulon*.

³⁴³ CE, Ass., 04 juillet 2011, n° 338033, *Élec. régio. d'Ile-de-France* ; CE, 17 décembre 2012, n° 357273, *Élec. cantonales de Bréhal* ; CE, 07 février 2013, n° 361758, *Élec. cantonale générale du 1^{er} canton du Moule*.

³⁴⁴ Par ex., CE, 10 juin 2015, n° 386062, *Élec. des conseillers municipaux et communautaires de Chilly-Mazarin* ; CE, 29 décembre 2020, n° 445708, *Élec. des conseillers municipaux et communautaires de Chamrousse* ; CE, 12 mars 2021, n° 441734, *Élec. des conseillers municipaux et communautaires de Saint-Anne* ; CE, 30 mars 2021, n° 445347, *Élec. des conseillers municipaux et communautaires de Crespin* ; CE, 16 avril 2021, n° 445492, *Élec. des conseillers municipaux de Rayol-Canadel-sur-Mer* ;

³⁴⁵ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, *Élec. mun. de Vénissieux*.

³⁴⁶ V. DAUMAS, concl. sous CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555.

soit pas le cas de celle déclarée au titre des articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du même Code.

Enfin, pour ce qui est de la récente inéligibilité déclarée pour une durée maximale de trois ans à l'encontre des élus réfractaires à l'impératif de transparence fiscale, le Conseil constitutionnel a expressément qualifié le dispositif fondé sur l'article L.O. 136-4 du Code électoral de « sanction ayant le caractère d'une punition ». En effet, dans leur décision n° 2017-753 DC du 08 septembre 2017 portant sur l'examen de la loi organique introduisant cette inéligibilité-sanction, les Sages de la rue de Montpensier, après avoir rappelé que les exigences énoncées à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 « s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition », ont constaté que ce mécanisme ne méconnaissait pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines³⁴⁷. En creux, si la sanction d'inéligibilité de l'article L.O. 136-4 du Code électoral respecte les principes énoncés à l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789, cela implique nécessairement qu'elle ait le caractère d'une punition³⁴⁸.

Dès lors, en l'absence d'application du dispositif prévu à l'article L.O. 136-2 du Code électoral, il y a évidemment lieu de s'interroger sur le caractère punitif ou non d'un tel mécanisme. Selon nous, eu égard au raisonnement retenu pour l'inéligibilité-sanction des articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral susceptible de réprimer des manquements purement objectifs à des règles préétablies en matière de financement de la vie politique, la sanction de l'article L.O. 136-2 du même Code devrait bénéficier de la même analyse. En effet, celle-ci est déclarée pour une durée d'un an à l'encontre du parlementaire qui n'aurait pas remis l'une et/ou l'autre des déclarations visées à l'article L.O. 135-1 du Code électoral : traduisant pour rappel une certaine infantilisation par la poursuite d'une micro-moralisation asymétrique de la vie politique³⁴⁹. À l'instar de l'inéligibilité déclarée sur le fondement des articles L.O. 136-1 ou L. 118-3 du Code électoral, cette sanction doit en toute logique être comprise comme ayant le caractère d'une punition.

En troisième et dernier lieu, l'existence du partage de ce caractère de « punition » ayant été établie, il convient dès lors de revenir sur l'une des exigences que doit respecter l'ensemble de ces inéligibilités-sanctions : le principe de non-rétroactivité d'une loi plus sévère et en conséquence le principe de rétroactivité *in mitius* de la loi jugée plus douce³⁵⁰.

³⁴⁷ Cons. constit., 08 septembre 2017, n° 2017-753 DC, précité.

³⁴⁸ Puisqu'il ne s'agit pas d'une peine prononcée par une juridiction pénale.

³⁴⁹ *Supra*.

³⁵⁰ Le principe de nécessité sera abordé dans la subdivision suivante relativement à la problématique du cumul des sanctions administratives et pénales.

Tout d'abord, au titre d'un exemple éclairant et d'actualité, le procès des neufs prévenus, dont l'ancien Président de la République, M. Nicolas Sarkozy, de l'affaire « *Bygmalion* » offre une belle illustration de l'application du principe de non-rétroactivité d'une loi pénale plus sévère en matière d'inéligibilité-sanction³⁵¹. S'inscrivant dans la continuité des développements précédents relatifs à la légèreté blâmable de notre droit positif vis-à-vis de l'élection du Président de la République³⁵², cette affaire a largement dépassé le simple volet électoral dans le cadre du contrôle par le Conseil constitutionnel en 2013 de la régularité du financement de la campagne présidentielle³⁵³, pour rejoindre les berges du monde judiciaire³⁵⁴. Pour ne s'intéresser qu'au seul cas de l'ancien Président de la République, M. Nicolas Sarkozy a été mis en examen et jugé pour « *financement illégal de campagne électorale* » sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code électoral³⁵⁵. Pour rappel, la loi ordinaire du 15 septembre 2017 a élargi le dispositif de prononcé « quasi-obligatoire » de la peine complémentaire d'inéligibilité notamment à cette infraction³⁵⁶. De surcroît, l'infraction prévue à l'article L. 113-1 du Code électoral n'est pas visée parmi celles susceptibles de donner lieu au prononcé facultatif de l'inéligibilité sur le fondement de l'article L. 117 du même Code³⁵⁷. Or, les faits reprochés à M. Sarkozy ayant été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de cette législation, celui-ci encourrait 'seulement' une peine d'un an d'emprisonnement et/ou une amende de 3 750 euros³⁵⁸ et aucunement une peine complémentaire d'inéligibilité quasi-obligatoire ou facultative³⁵⁹. Ceci illustre alors l'application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère aux inéligibilités-sanctions.

³⁵¹ G. BEAUSSONIE, « Affaire Bygmalion : il y aura un procès », *AJ pénal* 2019, p. 556

³⁵² *Supra*.

³⁵³ Cons. constit., 04 juillet 2013, n° 2013-156 PDR, précité.

³⁵⁴ Cass. crim., 1^{er} octobre 2019, n°18-86.428.

³⁵⁵ « Procès Bygmalion : qui sont les 13 prévenus renvoyés au côté de Sarkozy », *Les Échos*, 17 mars 2021, (<https://www.lesechos.fr/politique-societe/politique/proces-bygmalion-qui-sont-les-13-prevenus-renvoyes-au-cote-de-sarkozy-1298971> – dernière consultation le 14 juin 2022).

³⁵⁶ Il s'agit de l'article du Code électoral qui établit la liste des infractions électorales pour lesquelles la peine complémentaire de perte des droits de vote et d'éligibilité peut être prononcée.

³⁵⁷ *Supra*.

³⁵⁸ Depuis la loi de 2017, outre la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité prévue à l'article 131-26-2 du Code pénal, l'auteur risque une peine de trois ans d'emprisonnement et une amende de 45 000 euros.

³⁵⁹ M. Nicolas Sarkozy écoperait finalement d'une peine de prison d'un an ferme prononcée par le tribunal correctionnel de Paris par jugement en date du 30 septembre 2021, l'ancien Président de la République ayant fait appel de cette décision : « Bygmalion : Nicolas Sarkozy condamné à un an de prison ferme pour financement illégal de sa campagne de 2012 », *France Bleu*, 30 septembre 2021, (<https://www.francebleu.fr/infos/faits-divers-justice/bygmalion-nicolas-sarkozy-reconnu-coupable-de-financement-illegal-de-campagne-electorale-1632992149> – dernière consultation le 14 juin 2022).

Enfin, relativement au principe de rétroactivité *in mitius* d'une loi jugée plus douce, celui-ci traduit « *la volonté implicite de l'autorité normative que ne soit pas prononcée une condamnation dont elle a reconnu, en allégeant la règle de répression, qu'elle n'était plus nécessaire* »³⁶⁰. En l'occurrence, la démonstration peut s'appuyer sur la sanction d'inéligibilité prévue à l'article L. 118-3 du Code électoral. Antérieurement à la loi ordinaire n° 2011-412 du 14 avril 2011³⁶¹, saisi par la CNCCFP le juge de l'élection était en principe tenu de déclarer inéligible le candidat dont le compte de campagne était rejeté à bon droit, sauf à établir la bonne foi³⁶² de celui-ci. À l'occasion d'une protestation visant les opérations électorales qui se sont déroulées les 14 et 21 mars 2010 dans la Région Ile-de-France en vue de l'élection des membres du Conseil régional, la modification introduite en 2011, consistant à réserver l'inéligibilité aux hypothèses de fraude ou de manquement d'une particulière gravité, a été jugée directement applicable à ce litige³⁶³. Le Conseil d'État a ainsi retenu que « *l'inéligibilité prévue par les dispositions précitées de l'article L. 118-3 du Code électoral constitue une sanction ayant le caractère d'une punition ; qu'il incombe, dès lors, au juge de l'élection, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à ce qu'un candidat dont le compte de campagne est rejeté soit déclaré inéligible et à ce que son élection soit annulée, de faire application, le cas échéant, d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date des faits litigieux et celle à laquelle il statue* »³⁶⁴.

In fine, il apparaît ainsi que les inéligibilités-sanctions, qu'elles soient déclarées par le juge de l'élection – administratif ou constitutionnel – ou prononcées par le juge pénal, sont des sanctions ayant le caractère d'une punition. L'osmose est alors particulièrement évidente entre les sanctions en présence et les contraintes constitutionnelles inhérentes à leur application. Malgré leurs différences, les inéligibilités-sanctions partagent des exigences communes traçant ainsi les contours d'un « *droit constitutionnel punitif qui transcende les différentes branches du droit* »³⁶⁵ (a). Outre cette identité partagée et les conséquences qui en résultent en termes de garanties pour le politique visé par une mise à l'écart temporaire du jeu démocratique, les inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral et prononcées par le juge pénal, en raison de leur nature respective,

³⁶⁰ G. EVEILLARD, « Normes législatives et réglementaires. Rétroactivité », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°36, juin 2012.

³⁶¹ Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique. Cette modification a également été apportée à l'article L.O. 136-1 du Code électoral applicable aux parlementaires : Loi org. n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs.

³⁶² *Infra*.

³⁶³ CE, Ass., 04 juillet 2011, n° 338033, précité.

³⁶⁴ *Idem*.

³⁶⁵ P.-Y. GAHDOUN, A. PONSEILLE et É. SALES (dir.), « Existe-t-il un droit constitutionnel punitif ? », *Actes de colloque* vol. 1, 2019, Faculté de droit et de science politique de Montpellier.

interrogent quant à la problématique que pourrait éventuellement poser leur cumul eu égard au principe de nécessité des peines. En la matière, l'étude révèle qu'une telle hypothèse est parfaitement admise et ne pose pas de difficulté sur le terrain de la constitutionnalité (b).

b. L'admission du cumul des inéligibilités-sanctions

Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Principe cardinal s'appliquant à l'ensemble des sanctions ayant le caractère d'une punition, la nécessité des peines concerne nécessairement les sanctions d'inéligibilités. Ainsi, outre la moralisation de la représentation politique nationale et locale, les inéligibilités-sanctions questionnent quant à l'éventualité de leur cumul. Or, du principe de nécessité des peines découle une implication, celle de l'interdiction du cumul de sanctions et de poursuites, autrement intitulée « *principe non bis in idem* », qui constitue le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois à raison de faits identiques ou pour la même infraction.

Pourtant, au regard de ce qui a été exposé dans les développements de la première partie de la présente étude, les inéligibilités-sanctions visant les élus et les candidats aux élections politiques sont déclarées par le juge de l'élection ou prononcées par le juge pénal à raison de manquements parfois similaires. Seules leur appréciation et leur qualification respectives diffèrent selon le juge appelé à intervenir. Ainsi se pose la question de la validité du cumul potentiel de sanctions et de poursuites en matière d'inéligibilité.

En premier lieu, il convient de relever que le droit français rejette la conception européenne du principe *non bis in idem*. Fondé notamment³⁶⁶ sur l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ce principe implique que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État* »³⁶⁷. Réaffirmée et renouvelée en 2009³⁶⁸ puis en 2016³⁶⁹, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme retient clairement que ce principe s'applique dès lors que les sanctions et poursuites relèvent de la matière pénale : impliquant que les sanctions ayant le caractère d'une punition soient concernées.

³⁶⁶ Art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 07 décembre 2000.

³⁶⁷ Art. 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984.

³⁶⁸ Cour EDH, Gr. ch., 10 février 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c. Russie*.

³⁶⁹ Cour EDH, Gr. ch., 15 novembre 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *A et B c. Norvège*.

Or, à la faveur d'une réserve formulée par la République française³⁷⁰ lors de la ratification du Protocole additionnel n° 7 susmentionné, dont la validité fait débat par ailleurs³⁷¹, cette conception européenne du principe *non bis in idem* ne peut jouer concernant la dualité des régimes d'inéligibilités-sanctions. Aux termes de cette réserve, « *le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* »³⁷². Cela signifie donc que seules les sanctions prononcées au sein de l'ordre judiciaire en matière répressive sont concernées par le principe de non-cumul. De surcroît, le Conseil d'État a pu juger qu'il n'appartenait pas au juge interne de se prononcer sur la conformité de cette réserve au droit européen des droits de l'Homme³⁷³.

En deuxième lieu, s'inscrivant dans une « *discordance assumée avec le standard européen de protection du principe* »³⁷⁴, la jurisprudence constitutionnelle française relative au principe *non bis in idem* concerne trois volets du cumul de sanctions et de poursuites.

Tout d'abord, dans l'hypothèse où des procédures conduiraient à un cumul de sanctions de même nature, le Conseil constitutionnel retient que « *le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »³⁷⁵. Concernant les inéligibilités-sanctions, celles-ci ne sont pas concernées par ce premier aspect du principe *non bis in idem*, en tant qu'elles ne sont pas de même nature.

Ensuite, la jurisprudence constitutionnelle fait obstacle au cumul de poursuites de nature similaire, c'est-à-dire à la possibilité de poursuivre des faits identiques via des procédures de même nature. Or, tel n'est pas le cas s'il est établi que les poursuites en cause diffèrent selon l'un au moins des critères suivants : soit que les sanctions qui en découlent ne répriment pas des faits similaires

³⁷⁰ Réserve contenue dans l'instrument de ratification, déposé le 17 février 1986 ; Décret n°89-37 du 24 janvier 1989 portant publication du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 22 novembre 1984, ainsi que des déclarations et réserves accompagnant l'instrument français de ratification et de la déclaration française du 1^{er} novembre 1988.

³⁷¹ L. MILANO, « Le gouvernement refuse de lever l'incertitude sur la conventionnalité de la réserve au principe non bis in idem », *JCP* 2019, n°36, p. 876.

³⁷² *Idem*.

³⁷³ CE, Ass., 12 octobre 2018, n° 408567, *SARL Super Coiffeur*.

³⁷⁴ O. DESAULNAY, « La constitutionnalité du cumul de répressions pour dépassement du plafond de dépenses électorales ou les vertus délaissées du standard européen », *Constitutions* 2019, p. 501.

³⁷⁵ Cons. constit., 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autre* ; Cons. constit., 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres*.

qualifiés de manière identique³⁷⁶, soit que les répressions poursuivent des finalités distinctes³⁷⁷, soit que ces dernières tendent à retenir des sanctions de nature différente³⁷⁸. Synthétisant cet aspect de la conception française du principe *non bis in idem*, les Sages de la rue de Montpensier relève que « *le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts* »³⁷⁹. La dualité des inéligibilités-sanctions reposant potentiellement sur des poursuites différentes à raison de faits identiques est en toute logique tributaire de ce volet du principe *non bis in idem*.

Enfin, dans la lignée de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'Homme de 2016³⁸⁰, le Conseil constitutionnel retient qu'un cumul de poursuites de nature complémentaire est conforme au principe de nécessité³⁸¹ sans même qu'il y ait lieu d'apprécier si l'un au moins des trois critères susmentionnés est réuni. Cette complémentarité n'apparaît toutefois pas transposable aux poursuites donnant lieu au prononcé et à la déclaration d'inéligibilités-sanctions. Ces poursuites étant de nature différente et aboutissant au prononcé de sanctions elles-aussi de nature différente, alors que « *l'inspiration qui anime cette jurisprudence particulière est que, même si les poursuites sont exercées par des autorités différentes et peuvent conduire à des sanctions de nature distincte [...] C'est en réalité la même poursuite qui se déploie selon un ou deux degrés, en fonction de la gravité des faits reprochés* »³⁸².

En troisième et dernier lieu, la Cour de cassation a rejeté par deux fois des questions prioritaires de constitutionnalité s'appuyant sur une potentielle contradiction des volets électoral et pénal des inéligibilités-sanctions avec le principe *non bis in idem*. Ces rejets successifs attestent de la constitutionnalité de la coexistence des inéligibilités-sanctions prononcées par le juge pénal et déclarées par le juge de l'élection.

D'une part, les magistrats du Quai de l'Horloge ont eu à connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité formulée de la sorte par un élu local : « *Les dispositions de l'article L. 94 du Code électoral sont-elles conformes aux "principes de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines*

³⁷⁶ Cons. constit., 30 septembre 2016, n° 2016-572 QPC, *M. Gilles M. et autres*.

³⁷⁷ Cons. constit., 17 janvier 2013, n° 2012-289 QPC, *M. Laurent D.*

³⁷⁸ Cons. constit., 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC, *Société Clos Teddi et autre*.

³⁷⁹ Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et autre* ; Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*

³⁸⁰ Cour EDH, Gr ch., 15 novembre 2016, n° 24130/11 et 29758/11, précité.

³⁸¹ Cons. constit., 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, précité.

³⁸² Cons. constit., *Commentaire aux cahiers de la décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019*, *M. Nicolas S*, p. 16.

*et du droit au maintien des situations légalement acquises" en tant qu'elles font encourir deux fois, pour les mêmes faits et devant deux ordres de juridiction différents, une même peine d'inéligibilité par application de l'article L. 117 du Code électoral qui lui-même renvoie à l'article 131-26 du Code pénal, sans qu'il soit tenu compte de la décision définitive du juge de l'élection ? »³⁸³. En d'autres termes, l'interrogation portait sur le point de savoir si la coexistence de l'inéligibilité-sanction déclarée par le juge de l'élection sur le fondement de l'article L. 118-4 du Code électoral – réprimant la réalisation de manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin – et de la peine d'inéligibilité prononcée par le juge pénal était conforme notamment au principe *non bis in idem*. À ce titre, il faut relever que l'article L. 94 du Code électoral vise le fait pour « *quiconque étant chargé, dans un scrutin, de recevoir, compter ou dépouiller les bulletins contenant les suffrages des citoyens* » de soustraire, d'ajouter ou d'altérer des bulletins, ou de lire un nom autre que celui inscrit³⁸⁴ : s'agissant donc d'un comportement susceptible de conduire au prononcé³⁸⁵ et/ou à la déclaration d'une inéligibilité-sanction.*

S'appuyant sur les décisions pertinentes du Conseil constitutionnel³⁸⁶, la Cour de cassation juge que « *les mêmes faits commis par une même personne peuvent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale, sans que soit méconnu le principe de nécessité des délits et des peines, lorsque notamment les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente* »³⁸⁷. Ainsi, la Chambre criminelle constate que les sanctions en cause sont bel et bien de nature différente. Alors que le juge de l'élection, en l'espèce le juge administratif, a la faculté de déclarer l'inéligibilité du politique responsable des manquements visés à l'article L. 94 du Code électoral pour une durée maximale de trois ans ; le juge pénal peut condamner l'auteur du délit réprimé par cet article du Code électoral, « *outre à la peine complémentaire d'inéligibilité en application du premier alinéa de l'article L. 117 du même Code, à des peines d'emprisonnement, pouvant aller jusqu'à cinq ans, et d'amende pouvant aller jusqu'à 22 500 euros, ainsi qu'à différentes peines complémentaires* »³⁸⁸. Les magistrats du Quai l'Horloge ont ainsi refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité aux Sages de la rue de Montpensier.

³⁸³ Cass. crim., 17 janvier 2018, n° 17-90.022.

³⁸⁴ Est puni d'un cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 22 500 euros.

³⁸⁵ Antérieurement à l'introduction de l'article 131-26-2 du Code pénal, l'article L. 117 du Code électoral permettait (et permet toujours) au juge pénal de prononcer la peine complémentaire d'inéligibilité à l'encontre de l'individu ayant commis cette infraction prévue à l'article L. 94 du même Code.

³⁸⁶ Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, précité. ; Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, précité.

³⁸⁷ Cass. crim., 17 janvier 2018, précité.

³⁸⁸ *Idem*.

D'autre part, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu par la suite à examiner le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant la conformité de la coexistence de la même sanction d'inéligibilité, mais déclarée cette fois-ci à l'encontre des parlementaires sur le fondement de l'article L.O. 136-3 du Code électoral, avec la possibilité pour le juge répressif de prononcer une peine complémentaire d'inéligibilité sur le fondement de l'article L. 97 du même Code³⁸⁹. De la même manière que dans l'affaire précédente, les magistrats du Quai de l'Horloge constate que l'article L. 117 du Code électoral permet au juge de répressif de prononcer, outre la peine complémentaire d'inéligibilité, des peines d'emprisonnement et d'amende à l'encontre de l'auteur de l'infraction prévue à l'article L. 97 dudit Code ; tandis que le juge de l'élection peut déclarer inéligible pour une durée maximale de trois ans sur le fondement de l'article L.O. 136-3 du Code électoral la personne ayant adopté le comportement visé à l'article L. 97 du même Code (en tant que manœuvres ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin). Ce dernier article vise le fait de « *ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses [surprennent] ou [détournent] des suffrages, [déterminent] un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter* »³⁹⁰.

À l'instar de l'arrêt de 2018 précité, la Cour de cassation reprend le même raisonnement en considérant que les deux sanctions en cause ne sont pas de même nature : « *il résulte des décisions du Conseil constitutionnel n° 2016-545 et 2016-546 QPC en date du 24 juin 2016, que les mêmes faits commis par une même personne peuvent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale, sans que soit méconnu le principe de nécessité des délits et des peines, lorsque notamment les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente* »³⁹¹. Ainsi, tandis que le juge de l'élection, en l'espèce le juge constitutionnel, a la faculté de déclarer le coupable de telles manœuvres inéligible pour une durée maximale de trois ans ; le juge pénal peut quant à lui, outre la peine complémentaire d'inéligibilité, prononcer une peine d'un an d'emprisonnement et une amende maximale de 15 000 euros accompagnées possiblement d'autres peines complémentaires. Toutefois, les magistrats du Quai de l'Horloge ajoute que le « *Conseil constitutionnel exigeant, en application du principe de proportionnalité, dans l'éventualité où l'engagement de deux procédures pourrait conduire à un cumul de sanctions de même nature, qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »³⁹². Or, comme le relève très justement M. Jean-Marie Brigant, « *cela ne vaut que dans l'éventualité où l'engagement de deux*

³⁸⁹ Cass. crim., 09 octobre 2019, n° 19-90.027.

³⁹⁰ Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros.

³⁹¹ Cass. crim., 09 octobre 2019, précité.

³⁹² *Idem*.

procédures pourrait conduire à un cumul de sanctions de même nature ... ce que la Chambre criminelle a pourtant refusé à la sanction d'inéligibilité »³⁹³.

In fine, l'absence d'application du principe *non bis in idem* en matière de cumul de poursuites et de sanctions atteste à nouveau du caractère peu contraignant du cadre constitutionnel dans lequel s'inscrivent les inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection et prononcées par le juge pénal. Il est intéressant de relever que la réalité de cette osmose a été confirmée par la décision n° 2019-783 QPC rendue par le Conseil constitutionnel à propos de l'ancien Président de la République, M. Nicolas Sarkozy, dans le cadre de l'affaire « *Bygmalion* »³⁹⁴. Confirmant le cumul de sanctions intervenant en matière de dépassement du plafond de dépenses électorales³⁹⁵ pour la campagne présidentielle, les Sages de la rue de Montpensier ont jugé que le volet électoral tend à « *assurer le bon déroulement de l'élection du Président de la République et, en particulier, l'égalité entre les candidats au cours de la campagne électorale* »³⁹⁶ alors que le volet pénal entend « *sanctionner les éventuels manquements à la probité des candidats et des élus* »³⁹⁷. Selon le Professeur Romain Rambaud, le juge constitutionnel français « *a donc validé, par cette décision de principe, la coexistence des volets administratif et pénal du droit électoral* »³⁹⁸, et par là-même la coexistence des inéligibilités-sanctions prononcées par le juge pénal et celles déclarées par le juge de l'élection.

Considérées comme des sanctions ayant le caractère d'une punition tout en étant de nature différente, les inéligibilités-sanctions entretiennent bel et bien un rapport qu'il convient de qualifier d'osmose manifeste avec les exigences constitutionnelles pertinentes (1). Le cadre européen semble également peu contraignant à l'égard de ces mécanismes de mise à l'écart temporaire du jeu démocratique des élus et autres candidats fautifs. En effet, la soumission des inéligibilités-sanctions aux exigences du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales et de ses protocoles apparaît pour le moins relative (2).

³⁹³ J.-M. BRIGANT, « Cumul de sanctions d'inéligibilité : l'échec annoncé de non bis in idem », *JCP G* 2019 n° 43-44, act. 675.

³⁹⁴ Cons. constit., 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S.*

³⁹⁵ D'une part, une sanction financière prévue par la loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962 ; d'autre part, l'infraction pénale prévue par l'article L. 113-1 du Code électoral à laquelle la loi n° 62-1292 du 06 novembre 1962 renvoie.

³⁹⁶ Cons. constit., 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, précité.

³⁹⁷ *Idem*.

³⁹⁸ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, *op. cit.*, p. 696.

2. Une soumission relative des inéligibilités-sanctions aux exigences européennes

Le droit du Conseil de l'Europe occupe une place particulière en matière d'inéligibilité-sanction, en tant qu'il s'agit d'un mécanisme ayant pour objet de restreindre l'exercice d'une liberté fondamentale. En ce sens, il serait logique de s'attendre à un encadrement important du second par le premier. Or, dans la continuité de l'osmose entre exigences constitutionnelles et inéligibilités-sanctions particulièrement profitable à la moralisation de la vie politique, les exigences européennes ne semblent avoir qu'une incidence relative sur la pérennité des sanctions d'inéligibilité.

Le cadre conventionnel apparaît ainsi également peu contraignant. Œuvrant pour des élections libres au scrutin secret, la Convention européenne des droits de l'Homme et en particulier son premier Protocole additionnel se focalisent de manière privilégiée sur les restrictions du droit d'éligibilité visant les parlementaires, sans pour autant entraver la mécanique de mise à l'écart temporaire de ces derniers (a). De la même manière, les exigences du procès équitable figurant à l'article 6 §1 de la Convention ne trouvent pas à s'appliquer à l'ensemble des inéligibilités-sanctions ; seules sont concernées, et de surcroît dans une moindre mesure, celles prononcées par le juge pénal et non celles déclarées par le juge électoral (b). Cette soumission relative des sanctions d'inéligibilité au droit européen constitue assurément un atout pour la moralisation de la vie politique.

a. Les élections parlementaires, un cadre privilégié d'application du droit européen

Ouvert à la signature le 20 mars 1952 et ratifié par la France le 03 mai 1974³⁹⁹, le Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose en son article 3 que : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ». Témoignant de l'existence d'un véritable « *patrimoine électoral européen* »⁴⁰⁰, cette disposition « *énonce, dans une formulation restrictive, la seule obligation d'organiser des élections législatives libres, sans faire mention,*

³⁹⁹ Décret n° 74-360 du 03 mai 1974 portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels nos 1, 3, 4 et 5, signés les 20 mars 1952, 6 mai 1963, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification.

⁴⁰⁰ S. DE CACQUERAY, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit des élections. Entre patrimoine européen et suprématie étatique », *Constitutions* 2016, p. 557.

à la différence des textes internationaux similaires, du droit de prendre part à la direction des affaires publiques et du droit de vote »⁴⁰¹. Il faut relever qu'en 1952 cette acception minimale d'un droit à des élections libres pouvait laisser espérer aux États-parties qu'aucun recours individuel n'aurait pu être engagé sur ce fondement en apparence fragile.

Or, l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 fut par la suite reconnu d'application directe ouvrant ainsi la porte à la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme par des justiciables s'estimant lésés dans leurs droits⁴⁰². À ce titre, l'intérêt d'étudier une telle disposition en lien avec les inéligibilités-sanctions réside en ce que l'article 3 de ce Protocole additionnel, « *qui consacre un principe fondamental dans un régime politique véritablement démocratique et revêt en conséquence une importance capitale dans le système de la Convention, implique les droits subjectifs de vote et d'éligibilité* »⁴⁰³. En ce sens, l'analyse de l'encadrement du régime des inéligibilités-sanctions, ou plus exactement de certaines d'entre elles, par le droit du Conseil de l'Europe à travers le prisme du droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 apparaît pertinent. Concernant tant l'aspect actif (droit de vote) que passif (éligibilité) des droits subjectifs garantis par cet article, la Cour européenne des droits de l'Homme veille ainsi à ce que les éventuelles limitations par les législations nationales « *ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés* »⁴⁰⁴.

En premier lieu, concernant le champ d'application du Protocole additionnel n° 1, la formulation de son article 3 est sans équivoque : cette disposition ayant vocation à s'appliquer au « *choix du corps législatif* ». Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré qu'en présence d'un système bicaméral, le droit à des élections libres devait s'appliquer à l'une au moins des deux chambres sans pour autant concerner nécessairement les deux⁴⁰⁵. Fort heureusement, les Juges de Strasbourg retiennent désormais que l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 s'applique indistinctement aux deux chambres élues d'un Parlement⁴⁰⁶. Ainsi, en France, sont concernées par le droit à des élections libres tant les élections législatives que sénatoriales : recouvrant alors les inéligibilités-sanctions prévues aux articles L.O. 136-1 à L.O. 136-4 du Code électoral et déclarées par le juge de l'élection, mais aussi les peines pouvant

⁴⁰¹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} éd. 2004, p. 117.

⁴⁰² Cour EDH, Plén., 02 mars 1987, n° 9267/81, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/Belgique*.

⁴⁰³ Cour EDH, Gr. ch., 06 janvier 2011, n° 34932/04, *Paksas c. Lituanie*.

⁴⁰⁴ *Idem*.

⁴⁰⁵ Cour EDH, Plén., 02 mars 1987, n° 9267/81, précité.

⁴⁰⁶ Cour EDH, Gr. ch., 22 décembre 2009, n° 27996/06 et 34836/06, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*.

être prononcées par le juge répressif notamment sur le fondement de l'article 131-26-2 du Code pénal.

Toutefois, le droit à des élections libres ne s'étend pas aux autres élections susceptibles d'intéresser les inéligibilités-sanctions. En effet, les élections municipales ne sont pas concernées par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1⁴⁰⁷ : « *les conseils municipaux ne participent pas à l'exercice du pouvoir législatif et partant ne font pas partie du "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1* »⁴⁰⁸. De la même manière, les élections régionales n'entrent pas dans le champ d'application du droit à des élections libres⁴⁰⁹. Par analogie, il faut considérer que les autres élections locales (communautaires et départementales) ne sont pas concernées par cette disposition.

De surcroît, alors qu'il était permis de douter de l'applicabilité de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à l'élection du Président de la République⁴¹⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme a clarifié la situation en rappelant que si « *l'article 3 du Protocole n° 1 ne s'applique qu'à l'élection du 'corps législatif' [...] il en va à l'inverse s'agissant de l'élection à la présidence de la République* »⁴¹¹.

Il faut donc retenir que seules les inéligibilités-sanctions édictées par le législateur français à l'adresse des parlementaires sont concernées par le droit à des élections libres et plus précisément par la garantie du droit d'éligibilité reposant sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

En deuxième lieu, l'apparente protection des parlementaires quant à leur mise à l'écart temporaire du jeu démocratique par le droit à des élections libres doit être nuancée par la large marge d'appréciation laissée aux États parties en la matière. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « *il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie* »⁴¹². Crucial pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable

⁴⁰⁷ Cour EDH (déc.), 15 juin 2000, n° 52492/99, *Xuereb c. Malte* ; Cour EDH, 30 juin 2009, n° 35579/03, *Etxeberria et autres c. Espagne*.

⁴⁰⁸ Cour EDH (déc.), 12 octobre 2000, n° 52226/99, *Salleras Llinares c. Espagne*.

⁴⁰⁹ Cour EDH (déc.), 05 septembre 2000, n° 46813/99, *Malarde c. France*.

⁴¹⁰ Cour EDH, Gr. ch., 22 décembre 2009, n° 27996/06 et 34836/06, précité.

⁴¹¹ Cour EDH, Gr. ch., 06 janvier 2011, n° 34932/04, précité.

⁴¹² Cour EDH, Gr. ch., 06 octobre 2005, n° 74025/01, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*.

démocratie régie par la prééminence du droit, le droit d'éligibilité n'est pas pour autant absolu, ce qui justifie l'existence de « *limitations implicites* »⁴¹³.

En ce sens, il est fondamental de relever qu'en l'absence d'une liste exhaustive de buts pouvant justifier une limitation aux droits garantis par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1, « *tels que ceux qui sont énumérés aux articles 8 à 11 de la Convention, les États contractants peuvent donc librement se fonder sur un but qui ne figure pas dans cette liste pour justifier une restriction* »⁴¹⁴.

Cette latitude laissée aux États parties à la Convention témoigne d'une prudence certaine de la Cour européenne des droits de l'Homme qui considère que « *tout système électoral doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant 'la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif'* »⁴¹⁵.

Dès lors, dans l'examen qu'elle opère des violations alléguées au droit à des élections libres du fait, par exemple, d'une législation établissant des sanctions d'inéligibilité, la Cour de Strasbourg retiendra généralement deux critères en recherchant « *d'une part s'il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité, et d'autre part si la restriction a porté atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple* »⁴¹⁶.

En matière d'inéligibilités-sanctions et donc relativement aux limitations du droit de se présenter à une élection, le juge européen des droits de l'Homme se montre plus permissif qu'en ce qui concerne les restrictions apportées au droit de vote. Il retient ainsi que « *les États contractants disposent tout particulièrement d'une grande latitude pour établir les critères d'éligibilité et, d'un point de vue général, ils peuvent fixer des conditions plus strictes pour l'éligibilité que pour le droit de voter* »⁴¹⁷. En d'autres termes, la marge d'appréciation laissée aux États parties s'avère beaucoup plus ample que celle dont ils disposent s'agissant de l'aspect « actif » de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1. À ce titre, la doctrine constate fort justement que la mobilisation d'une large marge d'appréciation est opportune en tant qu'elle conduit à « *ménager les susceptibilités nationales sans renoncer pour autant à un certain contrôle* »⁴¹⁸ sur les restrictions apportées notamment à l'éligibilité.

⁴¹³ Cour EDH, 09 avril 2002, n° 46726/99, précité.

⁴¹⁴ Cour EDH, Gr. ch., 16 mars 2006, n° 58278/00, *Ždanoka c. Lettonie*.

⁴¹⁵ Cour EDH, Plén., 02 mars 1987, n° 9267/81, précité.

⁴¹⁶ Cour EDH, Gr. ch., 16 mars 2006, n° 58278/00, précité.

⁴¹⁷ Cour EDH, Gr. ch., 06 janv. 2011, n° 34932/04, précité.

⁴¹⁸ M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 87.

En troisième et dernier lieu, il apparaît opportun de s'intéresser successivement aux différentes inéligibilités-sanctions applicables aux parlementaires nationaux afin de s'interroger sur leur conformité à l'aspect « passif » du droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Seront ainsi abordées les inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection – c'est-à-dire par le Conseil constitutionnel – et celles prononcées par le juge pénal.

Tout d'abord, s'agissant de l'inéligibilité déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-1 du Code électoral réprimant les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales, celle-ci s'inscrit parfaitement dans l'objectif de garantir le libre choix des électeurs en préservant la sincérité du jeu démocratique. En effet, en écartant temporairement les élus et candidats aux élections politiques peu respectueux de telles règles, le législateur français préserve les électeurs de toute manipulation de leur opinion par une mobilisation abusive et/ou illicite de fonds. Eu égard à la jurisprudence susmentionnée de la Cour européenne des droits de l'Homme, un tel objectif n'apparaît pas en contradiction avec les buts légitimes possiblement invocables par l'autorité étatique pour justifier une restriction au droit d'éligibilité. De surcroît, l'intervention successive de la CNCCFP puis du juge de l'élection écarte largement le risque d'arbitraire quant à la sanction.

Ensuite, l'inéligibilité sanctionnant les manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin, reposant sur l'article L.O. 136-3 du Code électoral, se justifie quant à elle également par la volonté du législateur français de garantir la sincérité du jeu démocratique. Néanmoins, à la différence de l'inéligibilité-sanction précédente, elle vise à réprimer des comportements subjectifs des candidats aux élections parlementaires et non des manquements objectifs à la législation sur le financement des campagnes électorales. Au regard des buts possiblement invocables par l'État contractant comme justifiant la restriction apportée au droit de se présenter aux élections, la protection de la sincérité du jeu démocratique par la mise à l'écart temporaire des auteurs de manœuvres frauduleuses pourra logiquement être avancée.

En sus, pour ce qui est des inéligibilités sanctionnant respectivement l'absence de dépôt des déclarations d'intérêts et d'activités et/ou de patrimoine⁴¹⁹ et les manquements en matière de transparence fiscale⁴²⁰, celles-ci peuvent largement se justifier par la place accordée à l'impératif de transparence dans la vie politique française. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme

⁴¹⁹ Art. L.O. 136-2 du Code électoral.

⁴²⁰ Art. L.O. 136-4 du Code électoral.

tient justement compte de l'évolution politique de l'État contractant⁴²¹ dans son examen de l'atteinte portée à l'aspect « passif » de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention. Dès lors, eu égard au rôle grandissant de la transparence comme moyen de (re)nouer un lien de confiance entre les citoyens et le monde politique, il est permis d'avancer qu'un tel objectif devrait pouvoir amplement être mobilisé pour justifier l'atteinte portée à l'éligibilité des réfractaires à cet impératif.

Enfin, s'agissant des inéligibilités-sanctions prononcées par le juge pénal sur le fondement des articles 131-26, 2° ou 131-26-2 du Code pénal, qu'elles poursuivent d'ailleurs une finalité micro-moralisante ou macro-moralisante, celles-ci ont pour objet d'exclure de la vie politique les candidats et élus parlementaires ayant attenté directement ou indirectement à la sphère politico-électorale ou plus largement manqué à l'exigence d'exemplarité. L'inéligibilité sanctionnant ainsi le personnel politique à raison de la commission d'une constellation d'infractions⁴²² témoigne de la volonté du législateur français de moraliser largement le jeu démocratique français. Toutefois, la multiplicité des comportements pouvant donner lieu au prononcé quasi-obligatoire d'une inéligibilité-sanction, allant des infractions électorales aux délits d'initié en passant par les discriminations, interroge quelque peu sur la proportionnalité du dispositif.

Dès lors, la mise en cause de ces sanctions d'inéligibilité sur le fondement de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention semble difficilement envisageable⁴²³, non seulement au regard des buts poursuivis par ces dispositifs mais aussi à l'aune de la large marge d'appréciation laissée à l'autorité étatique quant aux restrictions visant l'aspect « passif » du droit à des élections libres. D'ailleurs, l'ensemble de ces inéligibilités-sanctions, déclarées par le juge de l'élection et prononcées par le juge pénal, en tant que sanctions ayant le caractère d'une punition, se doit également de respecter les exigences inhérentes à une telle qualification⁴²⁴ : renforçant ainsi l'idée selon laquelle un recours individuel à leur encontre aurait peu de chance d'aboutir.

In fine, la protection du droit de se présenter aux élections parlementaires par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme est paradoxale. *D'une part*, elle confère aux candidats et aux élus de la représentation politique nationale une garantie dont ne jouit pas le reste du personnel politique. En effet, ceux-là ont l'assurance que les restrictions apportées à leur éligibilité, aussi bien par le juge de l'élection que par le juge pénal, seront

⁴²¹ Cour EDH, Gr. ch., 06 octobre 2005, n° 74025/01, précité.

⁴²² *Supra*.

⁴²³ À l'exception du dispositif prévu à l'article 131-26-2 du Code pénal du fait de la pléthore d'infractions donnant lieu au prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité.

⁴²⁴ *Supra*.

examinées par la Cour européenne des droits de l'Homme au titre du droit à des élections libres. *D'autre part*, les inéligibilités-sanctions concernées n'apparaissent pour autant, pour la majeure partie d'entre elles, pas susceptibles de conduire à une condamnation du législateur français eu égard à l'importante marge d'appréciation dont il bénéficie pour fixer les règles relatives à l'éligibilité des parlementaires et aux objectifs poursuivis par ces sanctions. Partant, la protection des élus et des candidats aux élections parlementaires semble pour le moins relative. Ainsi, la distinction entre les inéligibilités-sanctions visant les parlementaires nationaux et celles s'adressant à la représentation politique locale relève bien plus de l'apparence théorique que de la réalité pratique. Toutefois, l'existence d'une base textuelle et d'une jurisprudence développée permet tout de même de qualifier les élections parlementaires de cadre privilégié d'application du droit européen en termes d'inéligibilités-sanctions.

À côté de ce cadre spécifique aux élections parlementaires reposant sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (a), l'analyse de l'applicabilité des exigences du procès équitable renforce le constat d'une soumission relative des inéligibilités-sanctions aux exigences européennes (b).

b. L'applicabilité à géométrie variable du droit à un procès équitable

Disposition phare de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 6 §1 dispose que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...]* ». Occupant une place fondamentale dans toute société démocratique⁴²⁵, le droit au procès équitable offre une protection protéiforme à tout justiciable ressortissant d'un État partie à la Convention. Cette disposition garantit ainsi le droit d'accès à un tribunal⁴²⁶ prévu par la loi⁴²⁷ indépendant⁴²⁸ et impartial⁴²⁹, le droit d'être jugé dans un délai

⁴²⁵ Cour EDH, 09 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey c. Irlande* ; Cour EDH, 17 janvier 1970, n° 2689/65, *Delcourt c. Belgique*.

⁴²⁶ Cour EDH, 21 février 1975, n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*.

⁴²⁷ Cour EDH, 22 juin 2000, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, *Coëme et autres c. Belgique* ; Cour EDH, 07 septembre 2017, n° 40562/12, *Ezgeta c. Croatie*.

⁴²⁸ Cour EDH, 28 juin 1984, n° 7819/77 et 7878/77, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 10 janvier 2012, n° 33530/06, *Pohoska c. Pologne*.

⁴²⁹ Cour EDH, 10 juin 1996, n° 22399/93, *Pullar c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 09 mai 2000, n° 34129/96, *Sander c. Royaume-Uni*.

raisonnable⁴³⁰ et le droit à ce que sa cause soit jugée publiquement⁴³¹ et équitablement⁴³².

À la différence du droit à des élections libres qui ne concerne que la seule sphère parlementaire, les exigences du procès équitable telles que fixées par l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sont d'une applicabilité variable : seules les sanctions qualifiées d'accusations en matière pénale y étant soumises, excluant ainsi le contentieux relevant de la compétence du juge de l'élection. Ceci s'explique eu égard à la nature-même du contentieux électoral : « *les litiges portant sur les élections politiques doivent être ouverts très largement et en même temps être réglés très rapidement, dans l'objectif de faire prévaloir la sincérité de la volonté des électeurs tout en garantissant la stabilité des institutions* »⁴³³. C'est cette nécessaire flexibilité, caractéristique du caractère dérogatoire du contentieux des élections politiques, qui justifie sa soustraction aux exigences du procès équitable de même que les sanctions d'inéligibilité déclarées par le juge de l'élection.

En premier lieu, concernant le champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, celui-ci comprend deux volets.

D'une part, l'applicabilité de l'article 6 §1 dans son volet civil dépend de la réunion de trois critères. Tout d'abord, le caractère civil des droits et obligations en cause tient au contenu matériel et aux effets qui leur sont reconnus par le droit interne⁴³⁴, nonobstant leur qualification juridique. Ensuite, la notion-même de « droits et obligations » suppose la reconnaissance, de manière défendable, de tels droits et obligations par la législation nationale⁴³⁵. Enfin, le dernier critère conditionnant l'applicabilité du volet civil de l'article 6 §1 se rapporte à l'existence d'une contestation « *réelle et sérieuse* »⁴³⁶ dont l'issue doit se révéler déterminante pour les droits ou obligations en cause⁴³⁷. *D'autre part*, dans son volet pénal, l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme repose sur la réunion de deux critères au titre du bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Tout d'abord, doit être rapportée l'existence

⁴³⁰ Cour EDH, 20 février 1991, n° 11889/85, *Vernillo c. France* ; Cour EDH, Gr. ch., 02 mars 2005, n° 71916/01, 71917/01 et 10260/02, *Von Maltzan et a. c. Allemagne*.

⁴³¹ Cour EDH, 08 décembre 1983, n° 7984/77, *Pretto et autres c. Italie* ; Cour EDH, 24 octobre 2017, n° 24016/05, *Eker c. Turquie*.

⁴³² Cour EDH, 28 mars 1990, n° 11932/86, *Granger c/ Royaume-Uni*.

⁴³³ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit., p. 644.

⁴³⁴ Cour EDH, 28 mai 2020, n° 17895/14, *Evers c. Allemagne*.

⁴³⁵ Cour EDH, Gr. ch., 03 avril 2012, n° 37575/04, *Boulois c. Luxembourg* ; Cour EDH, Gr. ch., 25 septembre 2018, n° 76639/11, *Denisov c. Ukraine*.

⁴³⁶ Cour EDH, Plén., 23 septembre 1982, n° 7151/75 et 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*.

⁴³⁷ Cour EDH (déc.), 05 octobre 2010, n° 16472/04, *Ulyanov c. Ukraine*.

d'une « accusation » qui s'entend généralement de « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* », ce qui rejoint l'idée de « *répercussions importantes sur la situation* » de l'accusé⁴³⁸. Ensuite, par un célèbre arrêt « *Engel et autres c. Pays-Bas* »⁴³⁹, la Cour européenne des droits de l'Homme a énoncé les trois critères dont dépend le caractère pénal de l'accusation⁴⁴⁰ : la qualification retenue par la législation interne, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.

En deuxième lieu, il apparaît cependant que certaines matières échappent *ipso facto* à l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est particulièrement le cas des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral en tant qu'elles portent sur des droits de nature politique. S'inscrivant dans la droite ligne des réflexions précédentes sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention⁴⁴¹, tant les jurisprudences européenne qu'interne retiennent avec constance que cette mise à l'écart temporaire des responsables politiques n'est pas concernée par les exigences du droit à un procès équitable. À ce titre, deux sanctions d'inéligibilité permettront d'illustrer cette absence d'applicabilité de la Convention : la sanction d'inéligibilité réprimant les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales, et celle sanctionnant les agissements ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin.

D'une part, relativement aux sanctions d'inéligibilité prévues aux articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral, celles-ci ont tout d'abord expressément été exclues du champ d'application de l'article 6 §1 par le juge de l'élection lui-même. En 1993, après avoir expressément dénié l'applicabilité des exigences du procès équitable au contentieux électoral dans un arrêt rendu trois mois auparavant⁴⁴², le Conseil d'État a eu l'occasion de se focaliser sur l'inéligibilité-sanction de l'article L. 118-3 du Code électoral⁴⁴³. En l'espèce, M. Sorgniard s'était vu infliger un an d'inéligibilité et avait été déclaré démissionnaire d'office de son mandat de conseiller départemental par le tribunal administratif d'Orléans en raison du dépôt tardif de son compte de campagne. L'édile fautif entendait ainsi se prévaloir des garanties offertes par l'article 6 §1 de la Convention

⁴³⁸ Cour EDH, 20 octobre 1997, n° 20225/92, *Serves c. France* ; Cour EDH, 23 octobre 2012, n° 9223/10, *Pimentel Lourenço c. Portugal*.

⁴³⁹ Cour EDH, 08 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c. Pays-Bas*.

⁴⁴⁰ Le critère le plus important est celui relatif à la nature de l'infraction. Par ailleurs, les deuxième et troisième critères sont en principe alternatifs et non cumulatifs ; même si une approche alternative peut être retenue dans l'hypothèse où un examen critère par critère ne permettrait pas de conclure à l'existence d'une accusation en matière pénale.

⁴⁴¹ *Supra*.

⁴⁴² CE, 07 juillet 1993, n° 142798, *Élec. cantonales de la 12^{ème} circonscription de Nice*.

⁴⁴³ CE, 20 octobre 1993, n° 144799, *Élec. cantonales de Jargeau*.

européenne des droits de l'Homme afin de faire annuler ce jugement. Or, la Haute juridiction administrative, loin d'être convaincue par l'argumentaire de M. Sorgniard, a retenu que « *l'article L. 118-3 du Code électoral n'a pas pour effet d'infliger au candidat une sanction pénale et ne tranche pas de contestation sur des droits et obligations de caractère civil* »⁴⁴⁴. Il est intéressant de relever qu'en l'occurrence le juge de l'élection ne s'étend nullement sur les raisons qui le poussent à exclure concomitamment les volets civil et pénal de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par la suite, ce sont les organes-mêmes de la Convention qui ont jugé que le contentieux électoral en général et les sanctions d'inéligibilité réprimant les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales en particulier ne pouvaient se voir appliquer les exigences du procès équitable. Bien entendu, n'a été traitée que la sanction visant les députés et sénateurs, c'est-à-dire celle fondée sur l'article L.O. 136-1 du Code électoral, eu égard au caractère restrictif des droits subjectifs garantis par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention : ne concernant, pour rappel, que la seule sphère parlementaire. Or, ces solutions sont évidemment transposables à l'inéligibilité-sanction prévue à l'article L. 118-3 du Code électoral.

Au titre du volet civil de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès 1989, la Commission européenne des droits de l'Homme a affirmé que les droit du requérant d'élire et de se porter candidat, « *droits politiques par excellence, ne sauraient être considérés comme étant 'de caractère civil' au sens de l'article 6 §1 de la Convention* »⁴⁴⁵ ; ce qui sera réaffirmé par la Cour européenne en 1999⁴⁴⁶. Cette précision est fondamentale en tant qu'elle joue pour l'ensemble des inéligibilités-sanctions, qu'elles soient déclarées par le juge de l'élection ou prononcées par le juge pénal.

Ainsi c'est l'aspect pénal des exigences du procès équitable qui peut interroger concernant ces sanctions d'inéligibilité réprimant les atteintes aux règles entourant le financement des campagnes électorales. En la matière, la jurisprudence « *Pierre Bloch* » fait véritablement office de phare⁴⁴⁷. En l'espèce, dans le cadre des élections législatives de 1993, M. Jean-Pierre Pierre-Bloch avait dépassé le plafond des dépenses de campagne autorisées ce qui avait conduit la CNCCFP à saisir le Conseil constitutionnel, en tant que juge de l'élection, en application de l'article L.O. 136-1 du Code électoral. Par une décision du 24 novembre 1993⁴⁴⁸, les Sages de la rue de Montpensier ont alors déclaré l'édile fautif inéligible pour une durée d'un an et démissionnaire d'office de son mandat

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ Com. EDH, 13 avril 1989, n° 12897/87, *Desmeules c. France*.

⁴⁴⁶ Cour EDH, 26 janvier 1999, n° 31599/96, *Cheminade c. France*.

⁴⁴⁷ Cour EDH, 21 octobre 1997, n° 24194/94, *Pierre-Bloch c. France*.

⁴⁴⁸ Cons. constit., 24 novembre 1993, n° 93-1321/1498 AN, *Pierre-Bloch*.

de député tout juste acquis. De surcroît, eu égard au dépassement du plafond de dépenses autorisées, M. Pierre-Bloch a été contraint de reverser au Trésor public le montant correspondant à ce dépassement. En conséquence, il a alors saisi la Cour européenne des droits de l'Homme arguant, entre autres, de l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention à ce litige. Notamment, il était alors avancé que le caractère patrimonial de la décision « *conférerait à la 'contestation' dont il est question une coloration 'civile'* » et qu'en tout état de cause, « *la procédure litigieuse aurait aussi trait à une accusation en matière 'quasi pénale'* »⁴⁴⁹. Sur ce dernier point – soit l'applicabilité du volet pénal du droit à un procès équitable – et concernant la sanction d'inéligibilité, le requérant soutenait qu'il s'agissait « *d'une peine prévue par le code pénal, frappant les personnes convaincues d'avoir commis diverses infractions graves* »⁴⁵⁰.

S'agissant de l'argument tenant à l'existence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, comme précédemment indiqué, la condamnation pécuniaire étant en lien avec des droits politiques, le volet civil de l'article 6 §1 ne pouvait être mobilisé. En sus, la Cour européenne des droits de l'Homme a pris soin d'indiquer qu'« *un contentieux n'acquiert pas une nature 'civile' du seul fait qu'il soulève aussi une question d'ordre économique* »⁴⁵¹.

Concernant l'applicabilité du volet pénal de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme vis-à-vis de l'inéligibilité déclarée par le Conseil constitutionnel, les Juges de Strasbourg n'ont pas plus donné raison à M. Jean-Pierre Pierre-Bloch. Selon eux, une telle sanction ne pouvait être qualifiée d'accusation en matière pénale à l'aune des critères définis dans la fameuse décision « *Engel et autres c. Pays-Bas* »⁴⁵², notamment au regard de la nature et du degré de sévérité de la sanction. Il a été jugé que « *l'objet de cette sanction est de forcer au respect dudit plafond. Elle s'inscrit ainsi directement dans le cadre de mesures destinées à assurer le bon déroulement des élections législatives de telle sorte que, par sa finalité, elle échappe au domaine 'pénal'. L'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel est en outre limitée à une année à compter de l'élection. Bref, ni la nature ni le degré de sévérité de cette sanction ne placent la question dans la sphère 'pénale'* »⁴⁵³. Commentant cette décision, feu le Professeur Jean-François Flauss relevait ainsi que ce « *raisonnement brutalement finaliste devrait, à tout le moins, satisfaire tous ceux (de plus en plus*

⁴⁴⁹ Cour EDH, 21 octobre 1997, n° 24194/94, précité.

⁴⁵⁰ *Idem.*

⁴⁵¹ *Idem.*

⁴⁵² Cour EDH, 08 juin 1976, n° 5100/71, précité.

⁴⁵³ Cour EDH, 21 octobre 1997, n° 24194/94, précité.

nombreux) qui dénoncent l'influence pernicieuse de la jurisprudence européenne sur l'inéligibilité du droit national »⁴⁵⁴.

D'autre part, concernant la sanction d'inéligibilité prévue aux articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral réprimant les manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin, en l'absence de recours devant le juge européen des droits de l'Homme, c'est le juge de l'élection qui a eu à trancher de l'applicabilité ou non des exigences du procès équitable. D'emblée, il faut relever que le constat opéré par la Commission européenne des droits de l'Homme en 1989⁴⁵⁵ trouve pleinement à jouer s'agissant de cette inéligibilité-sanction. En tant qu'elle se rapporte à des droits de nature politique, les contestations la concernant ne peuvent se voir appliquer le volet civil de l'article 6 §1 de la Convention.

C'est à l'occasion du contentieux relatif aux élections municipales et communautaires de Vénissieux que le Conseil d'État, en tant que juge électoral, a eu à s'intéresser à l'applicabilité du volet pénal des exigences européennes du droit à un procès équitable⁴⁵⁶. Saisi d'une protestation électorale sur la régularité des opérations électorales en cause, le tribunal administratif de Lyon avait annulé ces dernières et déclaré inéligibles deux candidats pour une durée d'un an à raison de la commission par ceux-ci de manœuvres frauduleuses⁴⁵⁷. Ces deux candidats soutenaient notamment devant le Conseil d'État que le jugement du tribunal administratif de Lyon, et plus précisément la manière dont avait été établie l'existence de manœuvres frauduleuses, aurait méconnu les exigences du procès équitable de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par son arrêt du 04 février 2015, la Haute juridiction administrative retient que *« dès lors, la circonstance que le tribunal administratif se soit fondé, pour regarder la manœuvre comme établie et déclarer M. Benedetti et Mme Gagon inéligibles, sur des procès-verbaux anonymisées, ne peut être regardée comme ayant privé les parties des moyens de contester la fiabilité des preuves ainsi produites et restreint de ce fait leurs droits en méconnaissance du principe d'égalité des armes ; que, pour les mêmes motifs, le moyen tiré d'une violation des stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales doit, en tout état de cause, être écarté »⁴⁵⁸. Or, il faut relever que la question de savoir si la sanction d'inéligibilité déclarée sur le fondement de l'article L. 118-4 du Code électoral*

⁴⁵⁴ J.-F. FLAUSS, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires : les enseignements de l'arrêt Pierre-Bloch », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°4, avril 1998.

⁴⁵⁵ Com. EDH, 13 avril 1989, n° 12897/87, précité.

⁴⁵⁶ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, précité.

⁴⁵⁷ TA Lyon, 07 octobre 2014, n° 1402367 et 1402387, *Élec. mun. de Vénissieux*.

⁴⁵⁸ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, précité.

devait être considérée comme relevant du volet pénal des exigences du procès équitable ne semble pas avoir été traitée en profondeur. C'est en fait le rapporteur public qui, dans ses conclusions précédemment citées⁴⁵⁹, s'interroge sur cet aspect. Après avoir établi que cette inéligibilité devait être considérée comme une sanction ayant le caractère d'une punition, il procède à l'examen des « *critères Engel* » afin de retenir ou non la qualification « d'accusation en matière pénale », seule à même de déclencher l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Constatant qu'elle s'applique indépendamment de toute procédure pénale et ne concerne que les seuls candidats à une élection, le rapporteur public, M. Vincent Daumas, considère qu'« *à la différence de l'inéligibilité de l'article L. 118-3, qui peut être prononcée au seul vu de manquements purement objectifs aux règles de financement des campagnes, celle de l'article L. 118-4 suppose la prise en compte du comportement subjectif du candidat et sa participation, directe ou indirecte, à la commission de manœuvres frauduleuses. Quant au dernier critère relatif au type et à la gravité de la sanction encourue, [...] la durée et la portée de l'inéligibilité [...] en font une sanction plus grave que celle qui était alors prévue par l'article L. 118-3* »⁴⁶⁰. Mais par sa nature elle reste une sanction étrangère à la matière pénale, qui n'affecte que la faculté de se présenter à une élection, donc ne s'adresse qu'aux candidats potentiels »⁴⁶¹. À l'issue de cet examen, le rapporteur public invite la Haute juridiction administrative à considérer que cette sanction doit être analysée comme une accusation en matière pénale, notamment au regard de « *la nature de l'incrimination – l'accomplissement de manœuvres frauduleuses* », qui [...] paraît donner une coloration pénale à l'inéligibilité de l'article L. 118-4 »⁴⁶². Toutefois, le choix de la décision finale – soit l'inapplicabilité de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'inéligibilité-sanction prévue à l'article L. 118-4 du Code électoral – atteste de ce que la jurisprudence continue à considérer le contentieux électoral comme relevant avant tout du domaine politique, ce qui conduit à le soustraire *ipso facto* aux exigences du procès équitable.

Il est intéressant de relever que les sanctions d'inéligibilité prévues aux articles L.O. 136-2 et L.O. 136-4 du Code électoral, eu égard aux précédents développements sur les inéligibilités-sanctions des articles L.O. 136-1 et L. 118-3 et des articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du même Code, ne semblent pas plus concernées par l'applicabilité des exigences du procès équitable. Logiquement, le volet civil de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne trouve pas à jouer, en tant que ces sanctions visent des droits de nature politique. S'agissant de l'aspect pénal de cette stipulation, l'examen des « critères

⁴⁵⁹ V. DAUMAS, concl. sous CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555.

⁴⁶⁰ Correspondant alors à une inéligibilité d'un an.

⁴⁶¹ V. DAUMAS, concl. préc.

⁴⁶² *Idem.*

Engel » permet d'estimer qu'elles ne sauraient être considérées comme des accusations en matière pénale. Sur ce dernier aspect, le droit interne ne les qualifie pas de sanctions pénales, elles ont une nature similaire aux inéligibilités précédemment étudiées et revêtent un degré de sévérité équivalent à ces dernières⁴⁶³.

En troisième et dernier lieu, relativement aux rares sanctions d'inéligibilité visées par les exigences du procès équitable, les peines prononcées par le juge pénal sont concernées. Alors qu'on aurait pu penser que les sanctions relatives aux droits politiques échappaient au giron de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, les Juges de Strasbourg ont pu indiquer à l'occasion de l'affaire « *Pierre-Bloch* » précitée que « *l'inéligibilité est aussi l'une des formes de privation des droits civiques prévues par le droit pénal français. Néanmoins, il s'agit dans ce cas d'une peine 'accessoire' ou 'complémentaire', qui s'ajoute à certaines peines prononcées par les juridictions répressives [...]; elle tire alors sa nature pénale de la peine 'principale' dont elle découle* »⁴⁶⁴. Il est alors permis d'affirmer que la peine complémentaire quasi-obligatoire d'inéligibilité prévue à l'article 131-26-2 du Code pénal doit être considérée comme une accusation en matière pénale. Néanmoins, une interrogation subsiste quant à l'hypothèse d'une peine d'inéligibilité reposant sur l'article 131-26, 2° du Code pénal prononcée exceptionnellement à titre principal sur le fondement de l'article 131-11 du même Code. Toutefois, sur ce dernier point, eu égard à la qualification pénale retenue par le droit interne, au fait qu'elle soit prononcée par un juge répressif et qu'elle puisse être d'une durée maximale de dix ans⁴⁶⁵, tout porte à croire que cette sanction sera analysée comme une accusation en matière pénale.

Il convient toutefois de relativiser cette soumission apparente des inéligibilités-sanctions prononcées par le juge pénal aux exigences européennes du procès équitable. En effet, la compatibilité de celles-ci avec le volet pénal de l'article 6 §1 de la Convention repose d'abord et avant tout sur la reconnaissance préalable de la culpabilité de l'élu ou du candidat fautif pour une infraction conduisant à la mise à l'écart temporaire de celui-ci par l'inéligibilité-sanction. C'est là le principal enseignement des jurisprudences tant administrative⁴⁶⁶ que judiciaire⁴⁶⁷ relatives à l'ancien article L. 7 du Code électoral. Quand bien même l'automatisme de l'inéligibilité de cette disposition pouvait interroger sur sa

⁴⁶³ Concernant l'inéligibilité-sanction déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-2 du Code électoral (absence de dépôt des déclarations d'intérêts et d'activités et/ou de patrimoine), celle-ci est même moins sévère que les autres sanctions, en tant que sa durée ne peut excéder un an.

⁴⁶⁴ Cour EDH, 21 octobre 1997, n° 24194/94, précité.

⁴⁶⁵ Pour tous les crimes et pour les délits lorsque les faits litigieux ont été commis par une personne alors investie d'un mandat électif public.

⁴⁶⁶ CE, Sect., 1^{er} juillet 2005, n° 276521, *M. Gravier* ; CE, 1^{er} juillet 2005, n° 261002, *M. Ousty*.

⁴⁶⁷ Cass. civ. 2e, 18 décembre 2003, n° 03-60.315 ; Cass. civ. 2e, 14 juin 2006, n° 06-60.066.

conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation a ainsi jugé à plusieurs reprises que « *la sanction prévue à l'article L. 7 du Code électoral est subordonnée à la reconnaissance de la culpabilité, par le juge pénal, de l'auteur de l'une des infractions prévues notamment par les articles 432-10 à 432-14 du Code pénal, après examen préalable de la cause par un tribunal indépendant et impartial ; [...] une telle décision n'est dès lors pas contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention* »⁴⁶⁸. Ainsi, le respect des exigences du procès équitable par le juge pénal constitue certes une contrainte par rapport à son homologue électoral quant au prononcé des inéligibilités-sanctions, mais pas un obstacle insurmontable.

In fine, concernant les inéligibilités-sanctions, l'applicabilité à géométrie variable des exigences européennes du procès équitable atteste d'une soumission relative des dispositifs électoral et pénal en matière conventionnelle : *d'une part*, dans le cadre du contentieux électoral *stricto sensu*, les exigences du procès équitable ne sont pas applicables ; *d'autre part*, concernant le contentieux pénal, ces dernières ne trouveront à jouer que de manière relative. Quant aux inéligibilités-sanctions visant la sphère parlementaire qui bénéficient en apparence d'un cadre privilégié pour l'application du droit européen, celles-ci ne sont pour autant pas sujettes à invalidation eu égard à l'importante marge d'appréciation laissée au législateur français pour définir les critères conditionnant la possibilité de se présenter ou non à de telles élections. En tout état de cause, et malgré les interrogations de certains sur la conformité de notre droit électoral *lato sensu* à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁴⁶⁹, la mise à l'écart temporaire décidée par le juge du personnel politique respecte pleinement les exigences européennes en la matière.

Ainsi, les inéligibilités-sanctions évoluent bel et bien au sein d'un cadre commun. Celui-ci se veut peu contraignant et même assez permissif vis-à-vis de ces dispositifs qui restreignent pourtant, bien que temporairement, la liberté fondamentale d'accéder à des mandats électifs publics. En osmose sur le plan constitutionnel et n'ayant à supporter qu'une soumission relative aux exigences du droit européen des droits de l'Homme, les inéligibilités-sanctions se déploient dans un espace résolument favorable tant à leur pérennité qu'à leur expansion (A). Du point de vue des offices juridictionnels respectifs du juge de l'élection et du juge répressif, il ressort de la présente étude que leurs différences jouent, *in fine*, en faveur de la moralisation de la vie politique : cette diversité des modalités de

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ P. ESPLUGAS-LABATUT, « Le droit électoral français respecte-t-il la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 223.

mise en œuvre confinant à une complémentarité favorable à la poursuite de cette finalité (B).

B. Des différences à la complémentarité des offices juridictionnels dans le prononcé des sanctions d'inéligibilité

De nombreuses différences existent entre les offices juridictionnels menant à la déclaration par le juge électoral et au prononcé par le juge pénal des sanctions d'inéligibilité. Cela tient aux logiques animant leur démarche respective. D'ailleurs, il faut constater avec M. Didier Girard que « *c'est ainsi, paradoxalement le juge de l'élection qui peut prononcer une peine qui, sur le plan pénal n'est pas la plus grave car elle ne comporte ni emprisonnement, ni amende, mais qui en matière politique sonne comme un terme, souvent définitif, à une carrière politique* »⁴⁷⁰.

Tel que démontré dans le cadre de la première partie de cette étude, cette architecture duale est au service d'une même finalité – la moralisation de la vie politique – qui se décline selon différentes échelles : soit que les inéligibilités viennent sanctionner les atteintes directes à la sphère politico-électorale (micro-moralisation), soit qu'elles interviennent à raison de comportements dépassant ce domaine bien qu'en lien avec l'impératif d'exemplarité (macro-moralisation). Indépendamment du degré de moralisation concerné, la sanction d'inéligibilité est nécessairement tributaire de la juridiction qui la prononce.

L'étude de l'appréciation de la pertinence de la sanction (1) tout comme celle relative à la temporalité propre à chaque volet (2) mettent ainsi exergue la diversité qui caractérise les offices du juge électoral et du juge répressif en la matière. Loin de peser défavorablement sur la moralisation de la vie politique, ces différences quant à la mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions conduisent à une complémentarité des volets électoral et pénal bénéfique à la moralisation de la vie politique.

1. L'appréciation de la pertinence de la sanction, des offices inégalement contraints

Indépendamment du cadre commun et peu contraignant que partagent les inéligibilités-sanctions, la démarche adoptée pour les retenir illustre assurément les différences existant entre les offices respectifs du juge électoral et du juge répressif. On constate que là où une certaine automaticité de la sanction prévalait

⁴⁷⁰ D. GIRARD, « Répression comparée : définition et efficacité comparées : de la répression pénale et de la répression administrative », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 122.

en matière électorale au début des années 1990⁴⁷¹, celle-ci s'est progressivement éclipsée au profit d'un conditionnement toujours plus important de l'inéligibilité-sanction. À l'inverse, alors que le prononcé de la peine d'inéligibilité revêtait un caractère purement facultatif pour le juge répressif, on peut se demander si la situation actuelle ne témoignerait pas, dans une certaine mesure, d'un retour à l'automatisme de la sanction pourtant prohibée⁴⁷².

En d'autres termes, tandis que le juge électoral dispose d'une marge d'appréciation conséquente pour la mise en œuvre de la majeure partie des dispositifs de mise à l'écart temporaire des élus et autres candidats fautifs (a), tel n'est pas le cas de l'office du juge pénal qui connaît une résurgence de l'automatisme de l'inéligibilité-sanction (b).

a. L'importante marge d'appréciation offerte au juge électoral

Le juge de l'élection, qu'il s'agisse de la juridiction administrative ou des Sages de la rue de Montpensier, est peu contraint et même assez libre quant à la déclaration de la sanction d'inéligibilité dans la majeure partie des hypothèses étudiées jusqu'alors. Cette marge de manœuvre tient notamment aux nombreux critères conditionnant le déclenchement de ces sanctions.

En premier lieu, au titre d'une particularité propre aux inéligibilités réprimant les manquements en matière de financement des campagnes électorales⁴⁷³ ainsi que les manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin⁴⁷⁴, le juge électoral dispose du pouvoir de prononcer d'office ces sanctions. Toutefois, cette faculté est conditionnée par la saisine régulière du juge de l'élection. Celle-ci implique que la juridiction compétente soit saisie dans le délai de recours contentieux – propre au contentieux électoral – d'un grief qui lui permette potentiellement de déclarer d'office l'inéligibilité-sanction.

Suivant la proclamation des résultats, le délai à respecter pour la saisine du juge électoral est de cinq jours pour les élections municipales et communautaires⁴⁷⁵ ainsi que pour les élections départementales⁴⁷⁶ ; tandis qu'il est de dix jours s'agissant des élections régionales⁴⁷⁷ et parlementaires⁴⁷⁸.

⁴⁷¹ Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, art. 6 ; Loi org. n° 90-383 du 10 mai 1990, art. 7

⁴⁷² Art. 132-17, alinéa 1^{er} du Code pénal.

⁴⁷³ Art. L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral.

⁴⁷⁴ Art. L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral.

⁴⁷⁵ Art. R. 119 du Code électoral.

⁴⁷⁶ Art. R. 113 du Code électoral.

⁴⁷⁷ Art. L. 361 du Code électoral.

⁴⁷⁸ Ord. n° 58-1067 du 07 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, art. 33.

Concernant le grief à soulever, celui-ci doit *a minima* conduire le juge de l'élection à s'intéresser à d'éventuelles irrégularités et autres manœuvres qui justifieraient la déclaration d'une inéligibilité-sanction. À titre d'exemple, l'inéligibilité prévue à l'article L. 118-3 du Code électoral ne pourra être déclarée d'office si, dans le délai de recours contentieux, le juge de l'élection est saisi d'un grief relatif à un abus de propagande électoral et non d'un grief tenant à de potentielles irrégularités affectant le compte de campagne du candidat visé par la protestation électorale⁴⁷⁹.

Le juge de l'élection a eu l'occasion de confirmer l'existence de cette faculté à propos de l'inéligibilité sanctionnant les manœuvres frauduleuses ayant pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin. Dans l'important arrêt « *Élections municipales de Vénissieux* », le Conseil d'État a ainsi retenu que « *régulièrement saisi d'un grief tiré de l'existence de manœuvres, le juge de l'élection peut, le cas échéant d'office, et après avoir, dans cette hypothèse, recueilli les observations des candidats concernés, prononcer une telle sanction* »⁴⁸⁰. Il faut relever que c'est le rapporteur public qui, dans ses conclusions sur l'arrêt, avait invité la Haute juridiction administrative à préciser ce point : « *le texte est parfaitement clair : il confie au juge un pouvoir dont l'exercice n'est soumis qu'à une condition procédurale, celle d'être saisi [...] d'une contestation formée contre l'élection ; il n'exige nullement que des conclusions tendant au prononcé d'une inéligibilité lui soient soumises. Mais évidemment, pour prononcer d'office l'inéligibilité dont s'agit, encore faut-il qu'il soit saisi [...] d'un grief qui le lui permette. C'est-à-dire qu'un grief tiré d'irrégularités constitutives de manœuvres doit lui avoir été soumis dans le délai prévu par l'article R. 119 du Code électoral* »⁴⁸¹. Par une récente décision, les Sages de la rue de Montpensier ont jugé qu'ils disposaient également de la faculté de soulever d'office l'inéligibilité sanctionnant des manœuvres frauduleuses sur le fondement de l'article L.O. 136-3 du Code électoral⁴⁸².

Ce pouvoir de déclaration d'office de l'inéligibilité-sanction témoigne de la large marge de manœuvre dont dispose le juge de l'élection en la matière. S'agissant des inéligibilités-sanctions des articles L.O. 136-2 et L.O. 136-4 du Code électoral, eu égard à la procédure menant à leur déclaration⁴⁸³, une telle faculté n'aurait bien entendu pas de sens.

En deuxième lieu, il faut constater que les critères conditionnant la déclaration des inéligibilités-sanctions présentement étudiées sont particulièrement nombreux.

⁴⁷⁹ CE, 06 décembre 1993, n° 138698, *Élec. mun. de Briançon*.

⁴⁸⁰ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, précité.

⁴⁸¹ V. DAUMAS, *ibid.*

⁴⁸² Cons. constit., 28 janvier 2022, n° 2021-5726/5728 AN, *SINZOGAN*.

⁴⁸³ *Supra*.

Tout d'abord, s'agissant de la sanction d'inéligibilité des articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral portant sur les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales, celle-ci vise pour rappel trois hypothèses : celle où le candidat n'a pas déposé son compte de campagne dans les conditions et délais prescrits par le Code électoral ; celle ensuite où le compte de campagne fait apparaître un dépassement du plafond autorisé en matière de dépenses électorales ; celle enfin où le juge de l'élection estime que le compte de campagne du politique a été rejeté à bon droit par la CNCCFP. En la matière, le juge de l'élection appréciera alors la situation du candidat ou de l'élu fautif à l'aune de « la nature de la règle méconnue, du caractère délibéré ou non du manquement, de l'existence éventuelle d'autres motifs d'irrégularité du compte, du montant des sommes en cause ainsi que de l'ensemble des circonstances de l'espèce »⁴⁸⁴. Dans le cas particulier où une illégalité émanerait d'un manquement à la législation relative à l'interdiction des dons consentis par une personne morale, « il [incombera], en outre, au juge de tenir compte de l'importance de l'avantage ou du don irrégulièrement consenti et de rechercher si, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il [aura] été susceptible de porter atteinte, de manière sensible, à l'égalité entre les candidats »⁴⁸⁵.

Il faut relever que cette sanction a connu un renforcement du conditionnement de son prononcé, qui se matérialise actuellement par la formulation suivante : « une volonté de fraude ou un manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales »⁴⁸⁶. Le prononcé de la sanction d'inéligibilité est ainsi conditionné, notamment, à ce que le juge de l'élection caractérise l'existence d'une telle volonté ou d'un tel manquement d'une particulière gravité. Auparavant, c'est la notion dite de « l'excuse de bonne foi »⁴⁸⁷ qui permettait au juge de l'élection de ne pas retenir l'inéligibilité-sanction en présence d'irrégularités en matière de financement des campagnes électorales.

Apparue en 1996⁴⁸⁸ et réservée alors aux seules élections locales⁴⁸⁹, l'excuse de bonne foi ne s'appliquait qu'au candidat dont le compte avait été rejeté

⁴⁸⁴ CE, 22 juillet 2016, n° 397237, *Élec. dép. dans le canton de Lavardac* ; Cons. constit., 1^{er} juin 2018, n° 2018-5427 AN, *Latournald* ; Cons. constit., 1^{er} février 2019, n° 2018-5670 AN, *Nowak* ; CE, 29 juin 2020, n° 436335, *Élec. des représentants français au Parlement européen*.

⁴⁸⁵ CE, 06 mai 2015, n° 385865, *Mme C.* ; CE, 11 avril 2018, n° 415485, *Élec. au conseil territorial de Saint-Martin*.

⁴⁸⁶ Art. L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral.

⁴⁸⁷ B. MALIGNER, « Compte de campagne et inéligibilité : l'indulgence du juge », *AJDA* 2006, p. 1510.

⁴⁸⁸ Loi n° 96-300 du 10 avril 1996 tendant à préciser la portée de l'incompatibilité entre la situation de candidat et la fonction de membre d'une association de financement électoral ou de mandataire financier, art. 3.

⁴⁸⁹ L'article L. 118-3, alinéa 2 du Code électoral disposait alors que « Dans les autres cas, le juge de l'élection peut ne pas prononcer l'inéligibilité du candidat dont la bonne foi est établie,

à bon droit. De plus, elle faisait l'objet d'une lecture particulièrement restrictive de la part du juge électoral. Globalement, celle-ci était retenue dans certaines hypothèses déterminées. C'était notamment le cas lorsque les règles applicables apparaissaient imprécises sans pour autant être substantielles⁴⁹⁰ ou encore s'il s'avérait que l'administration avait fourni au candidat des informations erronées⁴⁹¹. Il en allait de même si l'irrégularité en cause n'était pas directement imputable au candidat⁴⁹² et dans l'hypothèse où le manquement à la législation sur le financement des campagnes électorales se justifiait par des éléments objectifs sans lien avec la sphère électorale⁴⁹³.

Plaidant pour une « *rédaction plus respectueuse du principe de proportionnalité des sanctions et plus proche du pragmatisme du contentieux électoral classique* »⁴⁹⁴, le rapport de la Commission Mazeaud remis au président de l'Assemblée nationale en 2009 a conduit à une réécriture des textes par les importantes lois ordinaire et organique du 14 avril 2011⁴⁹⁵. C'est depuis cette évolution législative que la déclaration d'inéligibilité sur le fondement des articles L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral requiert l'identification d'« *une volonté de fraude ou un manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales* ». D'ailleurs, il faut relever que les élections parlementaires, qui jusqu'alors n'étaient pas concernées par l'excuse de bonne foi, bénéficient depuis lors de cette échappatoire. À l'époque de l'introduction de la notion de « bonne foi », il avait pu être relevé qu'« *il [apparaissait] curieux que le législateur n'ait pas étendu cette solution aux élections parlementaires, alors que celui-ci se [montrait] en général plus attentif à la sauvegarde de la moralité locale qu'à celle des élus nationaux* »⁴⁹⁶.

Néanmoins, à l'instar de l'excuse de bonne foi, la nécessité d'« *une volonté de fraude ou un manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales* » pour déclarer l'inéligibilité-sanction sur le fondement des articles L.O. 136-1 ou L. 118-3 du Code électoral ne concernait

ou relever le candidat de cette inéligibilité » ; tandis que l'article L.O. 136-1, alinéa 1^{er} du Code électoral prévoyait que « *La commission instituée par l'article L. 52-14 saisit le Conseil constitutionnel du cas de tout candidat susceptible de se voir opposer les dispositions du deuxième alinéa de l'article L.O. 128. Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, l'inéligibilité et, s'il s'agit du candidat proclamé élu, il le déclare, par la même décision, démissionnaire d'office* ».

⁴⁹⁰ CE, Ass., 30 octobre 1996, n° 177927, *Élec. mun. de Fos-sur-Mer*.

⁴⁹¹ CE, 18 octobre 1996, n° 177313, *Élec. mun. de Cavaillon*.

⁴⁹² CE, 08 janvier 1997, n° 178393, *Élec. mun. d'Istres*.

⁴⁹³ CE, 16 juin 2008, n° 311829, *Élec. du conseiller général de Saint-Trivier-sur-Moignans*.

⁴⁹⁴ P. MAZEAUD, *Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives*, La Documentation française, 2009, p. 18.

⁴⁹⁵ Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 ; Loi org. n° 2011-410 du 14 avril 2011.

⁴⁹⁶ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, op. cit., p. 231.

que l'hypothèse où le compte de campagne était rejeté à bon droit par la CNCCFP. Ce n'est qu'avec la récente réforme dite de « *Clarification du droit électoral* »⁴⁹⁷ que cette formulation a été élargie à l'ensemble des situations susceptibles d'entraîner l'inéligibilité du candidat ou de l'élu. À ce titre, le juge de l'élection interprète largement cette notion. C'est ainsi que « *pour déterminer si un manquement est d'une particulière gravité au sens de ces dispositions, il incombe au juge de l'élection d'apprécier, d'une part, s'il s'agit d'un manquement caractérisé à une règle substantielle relative au financement des campagnes électorales, d'autre part, s'il présente un caractère délibéré* »⁴⁹⁸. Loin de les considérer comme deux critères alternatifs, le juge électoral coud ensemble la volonté de fraude et le manquement objectif.

De par son extension récente à l'ensemble des hypothèses visées par les articles L. 118-3 et L.O. 136-1 du Code électoral, ce critère illustre à nouveau l'importante marge de manœuvre qui est laissée au juge de l'élection pour déclarer l'inéligibilité sur le fondement de ces dispositions.

*Ensuite, concernant l'inéligibilité-sanction déclarée sur le fondement des articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral, celle-ci fait intervenir la notion de « sincérité du scrutin » dans l'appréciation de la gravité des manœuvres frauduleuses imputables au candidat ou à l'élu fautif. Selon feu le Professeur Richard Ghevontian, « la notion de "sincérité du scrutin" est, sans doute, l'une des plus répandues du droit électoral [...] on peut définir la sincérité du scrutin comme le révélateur de la volonté réelle de l'électeur. Dès lors que celle-ci ne peut pas être connue de manière certaine, et donc qu'il est impossible de connaître avec certitude le choix majoritaire des électeurs, l'élection est annulée par le juge »*⁴⁹⁹. L'impact des manœuvres frauduleuses s'appréciera notamment à l'aune de l'écart de voix entre les candidats, critère spécifique de la matière électorale⁵⁰⁰. Pour apprécier si les manœuvres constatées doivent conduire à déclarer inéligible le candidat ou l'élu fautif, le juge de l'élection doit établir « *qu'elles ont été accomplies par les candidats concernés et ont eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin* »⁵⁰¹ et les « *apprécie eu égard, notamment, à leur nature et à leur ampleur* »⁵⁰². De plus, le fait que le

⁴⁹⁷ Loi organique n° 2019-1268 du 02 décembre 2019, art.1 ; Loi n° 2019-1269 du 02 décembre 2019 *visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral*, art. 5.

⁴⁹⁸ CE Ass., 04 juillet 2011, n° 338033, précité ; TA Lyon, 02 mars 2021, n° 2004285 et 2004583, *Élec. mun. de Chassieu*.

⁴⁹⁹ R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003.

⁵⁰⁰ Pour une étude éclairante sur cette notion d'écart de voix : R. RAMBAUD, « Contentieux des élections municipales : les « lois » de l'écart de voix », *AJDA* 2020, p. 1596.

⁵⁰¹ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, précité ; CE, 13 juin 2016, n° 394675, *Élec. dép. dans le canton du Livradais*.

⁵⁰² *Idem*.

candidat ou l'élu fautif soit personnellement l'auteur des manœuvres en cause constitue une condition *sine qua non* de la déclaration d'inéligibilité sur ce fondement⁵⁰³. Cependant, ceci n'empêche par exemple pas le juge de l'élection de déclarer inéligible, sur le fondement de l'article L. 118-4 du Code électoral, la tête de liste ayant personnellement accompli une manœuvre frauduleuse bénéficiant à un candidat de sa propre liste⁵⁰⁴.

Concernant les manœuvres frauduleuses visées par le dispositif⁵⁰⁵, « *il s'agit dans tous les cas d'agissements, souvent illégaux et toujours déloyaux, utilisés dans le but de tromper les électeurs* »⁵⁰⁶ voire les colistiers⁵⁰⁷. À titre d'exemple, peuvent être concernés les agissements visant le matériel électoral et en particulier les bulletins de vote⁵⁰⁸ ou encore la diffusion déloyale par son contenu et/ou ses modalités de documents électoraux⁵⁰⁹. Néanmoins, n'ont pas été considérées comme des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin la diffusion d'un photomontage pornographique sur Internet à l'encontre de trois candidats aux élections régionales de Guadeloupe⁵¹⁰, ni la diffusion par le maire sortant de la Commune de Branche d'une lettre ouverte au cours du mois précédant l'élection à l'adresse de ses administrés et l'utilisation pour sa propagande électorale d'une photographie de son équipe prise dans un local de la mairie⁵¹¹.

Le juge de l'élection, une fois la manœuvre ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin identifiée, doit caractériser le caractère

⁵⁰³ CE, 22 mai 2015, n° 385991 et 386005, *Élec. mun. d'Annemasse*.

⁵⁰⁴ À l'occasion des opérations électorales qui se sont déroulées le 15 mars 2020 dans la commune de Courtenay (Loiret) en vue de la désignation des conseillers municipaux et communautaires, un candidat en neuvième position sur la liste « *Un nouveau souffle pour Courtenay* », n'ayant pu s'inscrire sur les listes électorales de la commune, a bénéficié d'une inscription frauduleuse sur ces dernières résultant d'une manœuvre ayant été accomplie personnellement par la tête de liste « *Un nouveau souffle pour Courtenay* », déclarée par suite inéligible pour une durée d'un an : CE, 16 juillet 2021, n° 445802, *Élec. mun. et comm. de Courtenay*.

⁵⁰⁵ Se rapportant alors au critère matériel.

⁵⁰⁶ J.-B. CHEVALIER « Tel est pris qui croyait prendre : la sanction des manœuvres frauduleuses par le juge électoral », *Le Blog Droit administratif*, 09 avril 2015, (<https://blogdroitadministratif.net/2015/04/09/tel-est-pris-qui-croyait-prendre-la-sanction-des-manuvres-frauduleuses-par-le-juge-electoral/> – dernière consultation le 18 juin 2022).

⁵⁰⁷ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555.

⁵⁰⁸ Par ex. le fait de se prévaloir du soutien d'un parti qui ne l'a pas accordé : CE, 22 mai 2012, n° 353310, *Élec. cantonales de la 14^{ème} circonscription de Nice*.

⁵⁰⁹ Par ex. le fait pour certains candidats d'avoir consulté à plusieurs reprises les listes d'émargement des bureaux de vote en vue d'identifier les personnes n'ayant pas voté et de communiquer à l'extérieur les informations ainsi recueillies : CE, 22 juillet 2015, n° 385767, *Élec. mun. et comm. d'Apt.*

⁵¹⁰ CE, 12 janvier 2005, n° 266252, *Élec. régio. de Guadeloupe*.

⁵¹¹ CE, 10 octobre 2014, n° 381901, *Élec. mun. de Branches*.

délibéré des agissements. Or, on peut affirmer assez logiquement qu'eu égard au caractère frauduleux des manœuvres en cause, la volonté de fraude du candidat ou de l'élu fautif découlera de la nature et de la gravité des agissements. En effet, comment affirmer qu'un élu ayant personnellement et sciemment distribué des bulletins de vote et autres tracts faisant apparaître le soutien d'un parti, dont il ne jouissait pas dans les faits, n'ait pas eu *de facto* une volonté de fraude ayant eu *a minima* pour objet d'altérer la sincérité du scrutin ? Il est intéressant de relever qu'une telle sanction n'a été retenue, à notre connaissance, que très récemment, et pour la première fois, par le Conseil constitutionnel, qui plus est pour une durée de trois ans pour réprimer de graves tromperies d'un candidat en lien notamment avec son investiture⁵¹² ; et ce, alors même que les Sages s'étaient pourtant refusés à prononcer cette sanction en 2017 en présence d'une manœuvre « *de nature à avoir créé une confusion dans l'esprit d'une partie des électeurs et à avoir influé sur le résultat du scrutin* »⁵¹³, ainsi qu'en 2018⁵¹⁴.

Ainsi, la marge de manœuvre dont dispose le juge de l'élection pour déclarer l'inéligibilité prévue aux articles L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral est particulièrement importante. Outre les nombreux critères devant être réunis pour retenir cette sanction, la notion de « sincérité du scrutin » assure au juge électoral une pleine maîtrise de celle-ci.

En sus, la mise à l'écart temporaire des parlementaires sur le fondement de l'article L.O. 136-4 du Code électoral illustre également la latitude dont dispose le juge de l'élection pour déclarer une telle sanction. Pour rappel, nous avons vu que la sanction d'inéligibilité de l'article L.O. 136-4 du Code électoral sanctionnait exclusivement les parlementaires à raison de manquements relatifs à la vérification de leur situation fiscale⁵¹⁵. Le IV de l'article L.O. 136-4 dudit Code dispose ainsi que « *Lorsqu'il constate une absence de mise en conformité et de contestation, le bureau de l'Assemblée nationale saisit le Conseil constitutionnel qui peut, en fonction de la gravité du manquement, déclarer le député inéligible à toutes les élections pour une durée maximale de trois ans et démissionnaire d'office de son mandat par la même décision* »⁵¹⁶. Dans son commentaire⁵¹⁷ de la fameuse décision concernant la situation fiscale de M. Thierry Robert précédemment étudiée, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel a constaté que cette marge d'appréciation avait pu interroger la rapporteure de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, Mme Yaël Braun-Pivet. Cette dernière relevait ainsi que « *cette capacité d'appréciation pose question. Elle est*

⁵¹² Cons. constit., 28 janvier 2022, n° 2021-5726/5728 AN, précité.

⁵¹³ Cons. constit., 08 décembre 2017, n° 2017-5067 AN, *Boucard*.

⁵¹⁴ Cons. constit., 13 avril 2018, n° 2017-5266 SEN, *Leroux*.

⁵¹⁵ *Supra*.

⁵¹⁶ Nous soulignons.

⁵¹⁷ Cons. constit., *Commentaire aux cahiers de la décision n° 2018-1 OF du 6 juillet 2018, Situation de M. Thierry Robert au regard de ses obligations fiscales*, p. 4.

prévue par le Code électoral en cas d'irrégularité dans le compte de campagne du parlementaire, c'est-à-dire pour la répression d'une irrégularité administrative ou d'une manœuvre frauduleuse dont l'importance peut effectivement varier. En revanche, dès lors qu'il s'agit [...] de sanctionner un manquement à l'obligation de déclaration à la Haute Autorité, le législateur organique ne laisse au Conseil constitutionnel aucune latitude pour apprécier les faits ou moduler la peine consécutive d'inéligibilité »⁵¹⁸. Pourtant, à l'occasion de l'examen de la loi organique instituant cette inéligibilité, le juge constitutionnel a jugé que « saisi par le bureau d'une Assemblée dans les conditions prévues à l'article L.O. 136-4 du Code électoral, [il] a la faculté de prononcer la sanction, en fonction de la gravité du manquement. Il lui appartient alors de tenir compte, dans le prononcé de l'inéligibilité, des circonstances de l'espèce. Dès lors, ces dispositions ne méconnaissent pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »⁵¹⁹.

Les Sages de la rue de Montpensier disposent ainsi d'une importante marge de manœuvre pour déclarer inéligible un parlementaire qui aurait pourtant manifestement manqué à ses obligations au titre de sa situation fiscale.

Enfin, seule l'inéligibilité-sanction fondée sur l'article L.O. 136-2 du Code électoral, qui pour rappel sanctionne l'absence de dépôt des déclarations d'intérêts et d'activités et/ou de patrimoine, apparaît exempte de marge de manœuvre laissée au juge de l'élection : le Conseil constitutionnel étant alors dans l'obligation, en cas d'absence de transmission de ces déclarations, de déclarer le parlementaire inéligible pour une durée d'un an.

Toutefois, comme indiqué précédemment⁵²⁰, cette sanction témoignant d'une évidente infantilisation du personnel parlementaire n'a jamais trouvé à s'appliquer pour le moment, ce qui relativise la portée de l'absence de marge de manœuvre quant à sa déclaration.

En troisième et dernier lieu, il faut relever que le juge électoral n'est en rien tenu par les qualifications retenues par le juge pénal ou encore par les décisions de ce dernier : il en va de même pour le juge répressif vis-à-vis des solutions adoptées par le juge de l'élection⁵²¹. À ce titre, l'article L. 105 du Code électoral dispose d'ailleurs que : « *La condamnation, s'il en est prononcé, ne pourra, en aucun cas, avoir pour effet d'annuler l'élection déclarée valide par les pouvoirs compétents, ou dûment définitive par l'absence de toute protestation*

⁵¹⁸ Y. BRAUN-PIVET, *Rapport n° 105 et 106 (Assemblée nationale – XVe législature) fait au nom de la Commission des Lois*, 2017, p. 325.

⁵¹⁹ Cons. constit., 08 septembre 2017, n° 2017-753 DC, précité.

⁵²⁰ *Supra*.

⁵²¹ *Infra*.

régulière formée dans les délais prévus par les dispositions spéciales aux différentes catégories d'élections ». De surcroît, le juge de l'élection doit se prononcer exclusivement sous le prisme de la sphère électorale, nonobstant la possible application de sanctions pénales. Sur ce dernier point, il a notamment pu être jugé s'agissant de l'infraction prévue à l'article L. 106 du Code électoral réprimant les pressions exercées sur les électeurs, que « *s'il n'appartient pas au juge de l'élection de faire application de ces dispositions en ce qu'elles édictent des sanctions pénales, il lui revient, en revanche, de rechercher si des pressions telles que celles qui y sont définies ont été exercées sur les électeurs et ont été de nature à altérer la sincérité du scrutin* »⁵²².

In fine, hormis l'inéligibilité déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-2 du Code électoral, le juge de l'élection dispose bel et bien d'une marge de manœuvre considérable pour apprécier l'opportunité d'une mise à l'écart temporaire d'un élu ou d'un candidat qui aurait porté atteinte par ses agissements à la sphère politico-électorale. Qu'il s'agisse d'irrégularités objectives notamment en matière de financement de campagnes électorales ou d'obligations fiscales, ou de manquements plus subjectifs sur le terrain des manœuvres frauduleuses, le juge de l'élection a pour ainsi dire la main sur son office en tant qu'il ne souffre d'aucune contrainte si ce n'est celle tenant aux règles classiques du contentieux électoral.

Cette importante marge d'appréciation laissée au juge de l'élection quant aux inéligibilités-sanctions qu'il est susceptible de déclarer (a) contraste avec la résurgence pour le juge pénal d'une certaine forme d'automaticité dans son prononcé de la peine d'inéligibilité (b).

b. La résurgence d'une certaine automaticité devant le juge pénal

À la différence des sanctions déclarées par le juge de l'élection pour la plupart desquelles il bénéficie d'une importante marge d'appréciation, la peine d'inéligibilité prononcée par le juge répressif revêt assurément une certaine automaticité qui le contraint. Sans revenir sur le destin de feu l'article L. 7 du Code électoral⁵²³, il faut relever que depuis 1994⁵²⁴ l'article L. 117 du même Code prévoit que vingt-cinq infractions électorales⁵²⁵ peuvent avoir pour conséquence la perte du droit de vote et d'éligibilité⁵²⁶. Or, il se trouve que l'ensemble de ces infractions électorales figurent depuis 2017⁵²⁷ à l'article 131-26-2, II, 7° du Code

⁵²² CE, 16 mars 2016, n° 394465, *Élec. mun. de Saint-Rose*.

⁵²³ *Supra*.

⁵²⁴ Loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 *instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

⁵²⁵ Art. L. 86 à L. 88, L. 91 à L. 104, L. 106 à L. 109, L. 111, L. 113 et L. 116 du Code électoral.

⁵²⁶ Art. 131-26, 1° et 2° du Code pénal.

⁵²⁷ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

pénal et s'inscrivent, selon nous, dans une finalité de micro-moralisation de la vie politique. Ainsi, leur commission conduit désormais au prononcé quasi-obligatoire de la perte du droit d'éligibilité du coupable.

En premier lieu, avant de se focaliser sur le choix du mécanisme de prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité, il convient de constater que l'introduction de l'article 131-26-2 du Code pénal se révèle paradoxalement tout à la fois bénéfique et préjudiciable au personnel politique visé.

D'une part, au titre de l'aspect positif d'une telle évolution pour les responsables politiques visés, alors que l'article L. 117 du Code pénal prévoit la perte du droit d'éligibilité mais aussi celle du droit de vote en cas de commission de l'une des infractions qu'il vise, l'article 131-26-2, II, 7° du Code électoral ne conduit qu'à l'inéligibilité de l'édile fautif. De la même manière, auparavant, le politique sanctionné par une telle inéligibilité était également puni par une interdiction ou une incapacité d'exercer toute fonction publique, en vertu du dernier alinéa de l'article 131-26 du Code pénal⁵²⁸. Néanmoins, par une réserve d'interprétation, le juge constitutionnel a tout bonnement neutralisé cette interdiction⁵²⁹. En creux, cela signifie donc qu'un élu ou un candidat sanctionné sur le fondement de l'article 131-26-2 du Code pénal ne pourra se voir empêcher d'exercer une fonction publique suite à son inéligibilité, sauf dans l'hypothèse où l'infraction commise serait un crime.

Ainsi, tandis que le personnel politique commettant l'une des infractions visées par l'article L. 117 du Code électoral encourrait non seulement l'interdiction ou l'incapacité du droit d'exercer une fonction publique mais aussi la perte du droit de vote, seule l'inéligibilité sera désormais retenue.

D'autre part, s'agissant de l'aspect préjudiciable de l'introduction de l'article 131-26-2 du Code pénal pour les candidats et élus fautifs, outre le caractère quasi-obligatoire de l'inéligibilité-sanction, nous avons déjà relevé que la peine complémentaire d'inéligibilité pouvait être prononcée à titre principal par le juge de l'élection. À ce titre, l'article 131-11, alinéa 1^{er} du même Code dispose que : « *Lorsqu'un délit est puni d'une ou de plusieurs des peines complémentaires mentionnées à l'article 131-10, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues à titre de peine principale* »⁵³⁰. Une telle faculté est censée conduire à un plus grand respect du principe d'individualisation des peines par une meilleure adaptation de

⁵²⁸ « *L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique* ».

⁵²⁹ Cons. constit., 08 septembre 2017, n° 2017-752 DC, *Loi pour la confiance dans la vie politique*.

⁵³⁰ L'article 131-10 vise notamment les peines complémentaires emportant « *interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit* ».

la sanction à la situation du coupable, en l'occurrence par le choix de la seule inéligibilité pour l'édile fautif.

Or, dans l'hypothèse où la juridiction répressive opérerait pour une application de la peine complémentaire d'inéligibilité à titre principal, une telle décision priverait *ipso facto* le politique concerné de la possibilité de solliciter le relèvement anticipé de cette sanction. En effet, l'article 702-1 du Code de procédure pénale prévoit, à son alinéa 1^{er}, que « *toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité ou d'une mesure de publication quelconque résultant de plein droit d'une condamnation pénale ou prononcée dans le jugement de condamnation à titre de peine complémentaire peut demander à la juridiction qui a prononcé la condamnation ou, en cas de pluralité de condamnations, à la dernière juridiction qui a statué, de la relever, en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité* »⁵³¹.

Paradoxalement, cela signifie que dans l'intérêt du condamné et de sa carrière politique, il vaut mieux prononcer la peine d'inéligibilité à titre complémentaire. D'ailleurs, ce constat révèle l'existence d'un certain dilemme pour le juge pénal à la fois contraint par le principe du prononcé de la peine complémentaire, et devant garder à l'esprit les conséquences d'une individualisation trop poussée de la sanction qui priverait le condamné de la possibilité d'en solliciter le relèvement.

En deuxième lieu, concernant la subsistance d'une certaine automaticité via l'introduction de l'article 131-26-2 du Code pénal, il y a lieu de se focaliser sur le mécanisme du prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité-sanction ainsi retenu. Comme nous l'avons précédemment relevé « *l'inéligibilité est une peine qui fait sens, que les politique et l'opinion publique supposent efficace mais, dans la pratique, [...] si les magistrats refusent de l'appliquer, elle ne connaîtra pas la vitalité attendue* »⁵³². C'est la raison pour laquelle le législateur a opté, dès 2016⁵³³ et pour parer à une inconstitutionnalité certaine d'une peine accessoire qui aurait eu un caractère strictement automatique⁵³⁴, pour un dispositif de peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité étendu en 2017⁵³⁵ à une constellation d'infractions⁵³⁶.

⁵³¹ Nous soulignons.

⁵³² A. BAVITOT, « Les mutations de la peine d'inéligibilité », in J.-M. BRIGANT (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, 2018, p. 140.

⁵³³ Loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016, art. 19.

⁵³⁴ Cons. constit., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, précité.

⁵³⁵ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

⁵³⁶ *Supra*.

Dans une décision n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010 rendue à propos de l'annulation du permis de conduire⁵³⁷, le Conseil constitutionnel a validé le principe des peines complémentaires obligatoires en rappelant « *qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : 'La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée'* ; que le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article implique que la peine d'annulation du permis de conduire ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ; qu'il ne saurait toutefois faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions »⁵³⁸. Les Sages de la rue de Montpensier ont par ailleurs relevé à cette occasion que la peine quasi-obligatoire d'annulation du permis de conduire était « *directement liée à un comportement délictuel* » ; ce qui, selon le commentaire officiel de la décision, indique que « *l'existence de la proximité matérielle entre le fait délictuel et la peine pouvait constituer un fait justificatif d'une répression plus automatique* »⁵³⁹. Selon la doctrine, « *le Conseil constitutionnel relevant que même obligatoire, la peine obéit à la règle de son prononcé et pour l'exécution desquelles le juge conserve une part de liberté – quoique réduite – a validé les peines obligatoires complémentaires* »⁵⁴⁰.

S'agissant de la peine complémentaire d'inéligibilité-sanction, l'article 131-26-2 du Code pénal prévoit ainsi que : « *le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité mentionnée au 2° de l'article 131-26 et à l'article 131-26-1 est obligatoire à l'encontre de toute personne coupable d'un délit mentionné au II du présent article ou d'un crime* ». Toutefois, nous préférons l'intitulé de « quasi-obligatoire » dès lors que le juge pénal peut, « *par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer la peine prévue par [cet] article, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* »⁵⁴¹.

Il est intéressant de remarquer que la création d'une telle peine d'inéligibilité quasi-obligatoire correspond en tous points aux préconisations du rapport précédemment évoqué remis par M. Jean-Louis Nadal au Président de la

⁵³⁷ Cons. constit., 29 septembre 2010, n° 2010-40 QPC, M. Thierry B.

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ Cons. constit., *Commentaire aux cahiers de la décision n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010*, M. Thierry B, p. 7.

⁵⁴⁰ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 2011, p. 151.

⁵⁴¹ Art. 131-26-2, III du Code pénal.

République en 2015⁵⁴². Constatant l'inefficacité du dispositif alors en place⁵⁴³ notamment du fait de la réticence des juridictions pénales à mettre à l'écart temporairement de la vie politique des personnalités élues démocratiquement, celui-ci indiquait que « *l'inéligibilité pourrait ainsi devenir une peine complémentaire obligatoire. Elle paraît en effet constituer, conformément à l'exigence formulée par le Conseil constitutionnel, une sanction proportionnée au but recherché, à savoir éloigner temporairement des élus non exemplaires de la vie politique, et en lien direct avec le comportement prohibé, à savoir tirer un avantage personnel d'une fonction publique ou électorale. Pour respecter le principe d'individualisation des peines, la durée de la peine devrait être laissée à la discrétion du juge. En outre, afin de garantir la pleine liberté du juge dans le choix des peines, pourrait être prévue pour ce dernier la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, d'écarter le prononcé de l'inéligibilité par une décision dûment motivée* »⁵⁴⁴.

Dès lors, eu égard à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de peine complémentaire quasi-obligatoire, la validation du dispositif par la décision n° 2017-752 DC⁵⁴⁵ n'a rien eu de surprenant. Les Sages de la rue de Montpensier ont ainsi retenu que « *d'une part, la peine d'inéligibilité doit être prononcée expressément par le juge, à qui il revient d'en moduler la durée [et que] d'autre part, le juge peut, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, décider de ne pas prononcer cette peine complémentaire* »⁵⁴⁶. Ainsi, à l'issue d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation critiqué par certains commentateurs⁵⁴⁷, le Conseil constitutionnel a conclu au respect par ce mécanisme du principe d'individualisation des peines.

Désormais, le principe est donc l'inéligibilité, l'absence de peine complémentaire l'exception. Avec M. Alexis Bavitot, « *on peut espérer que l'aggravation de la peine d'inéligibilité par le législateur, appuyée par une grande attente de l'opinion publique, invite les magistrats à prendre pleinement conscience de leur légitimité pour appliquer ce qui est une loi... 'obligatoire'* »⁵⁴⁸.

Cependant, une telle évolution législative questionne sur la conception que se fait le législateur de l'office du juge répressif. Comme le relève M^e Yvon

⁵⁴² J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, La Documentation française, 2015.

⁵⁴³ *Supra*.

⁵⁴⁴ J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁴⁵ Cons. constit., 08 septembre 2017, n° 2017-752 DC, précité.

⁵⁴⁶ *Idem*.

⁵⁴⁷ C. ROUX, « Moralisation de la vie politique, morale parlementaire... moralité constitutionnelle », *ibid.*

⁵⁴⁸ A. BAVITOT, « Les mutations de la peine d'inéligibilité », *ibid.*, p. 145.

Goutal, « la loi dite ‘pour la confiance’ exprime en réalité une certaine défiance vis-à-vis des magistrats qui disposaient déjà de la faculté de prononcer une telle peine lorsqu’ils l’estimaient adaptée à la gravité des faits et à la personnalité de la personne condamnée »⁵⁴⁹.

Le législateur a ainsi tenté d’insuffler un nouveau vent de moralisation dans la vie politique française, au mépris d’une certaine marge de manœuvre laissée jusqu’alors au juge répressif. Ce changement de paradigme – d’une peine complémentaire facultative à un prononcé quasi-obligatoire – peut s’analyser comme un retour en force d’une certaine automaticité en matière d’inéligibilité-sanction, telle qu’indiquée dans la première partie de cette étude⁵⁵⁰. Sous couvert d’un possible écartement de la peine complémentaire par une décision spécialement motivée, le juge répressif se retrouve dans les faits, si ce n’est obligé, au moins contraint par le dispositif. Jusqu’alors les juridictions pénales semblaient réticentes à mettre à l’écart temporairement un politique fautif du jeu démocratique, en considérant que le choix d’une telle sanction devait d’abord et avant tout appartenir aux électeurs eux-mêmes. Or, les attentes actuelles en matière de moralisation semblent dessiner un cadre propice au choix systématique du principe (l’inéligibilité) sans grande considération de l’exception (une décision spécialement motivée décidant d’écarter la peine complémentaire). Alors qu’il pourra lui être reproché de s’être montré trop clément avec un élu ou un candidat dont les agissements auraient normalement dû conduire au prononcé de l’inéligibilité, le juge pénal aura tout intérêt à s’en tenir fidèlement au principe fixé à l’article 131-26-2 du Code pénal.

En troisième et dernier lieu, à l’instar du constat précédemment effectué, le juge pénal n’est en rien contraint par les solutions retenues par le juge de l’élection portant notamment sur des faits commis lors de mêmes élections. Les magistrats du Quai de l’Horloge ont ainsi clairement indiqué, dans un arrêt déjà étudié⁵⁵¹, « qu’en l’état de cette jurisprudence, il ne résulte d’aucun principe constitutionnel que le juge pénal saisi d’une fraude électorale soit tenu par une décision du juge administratif constatant l’absence de fraude »⁵⁵². Cette séparation des volets électoral et pénal s’explique assez aisément par la nature-même de la procédure pénale. En effet, « la tenue d’une enquête préliminaire ou d’une instruction judiciaire permet d’envisager une connaissance potentiellement intégrale des faits, de leurs commanditaires et de leurs éventuelles qualifications pénales. Ainsi, l’engagement formel de la phase de sanction (renvoi devant une juridiction) n’interviendra qu’après que les autorités de poursuites aient une

⁵⁴⁹ Y. GOUTAL, « La peine complémentaire d’inéligibilité issue de la loi ordinaire du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique », *AJCT* 2017, p. 606.

⁵⁵⁰ *Supra*.

⁵⁵¹ *Supra*.

⁵⁵² Cass. crim., 17 janvier 2018, n° 17-90.022.

vision qu'elles estiment suffisante des faits considérés »⁵⁵³. L'urgence caractéristique du contentieux électoral classique n'a donc pas de prise sur le temps de la procédure pénale.

Il faut toutefois quelque peu nuancer cette affirmation au regard de l'article L. 114 du Code électoral. Aux termes de celui-ci, « l'action publique et l'action civile intentées en vertu des articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 ou pour infraction à l'article L. 61 si les armes étaient apparentes, seront prescrites après six mois à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection ». Ce court délai de prescription se justifie par la volonté « de ne pas déstabiliser les institutions »⁵⁵⁴ : « le droit pénal électoral stricto sensu est essentiellement punitif, il doit intervenir au besoin après le processus démocratique et sans remettre en cause celui-ci »⁵⁵⁵. D'ailleurs, il est intéressant de remarquer que la quasi-totalité des infractions électorales⁵⁵⁶ figurant à l'article L. 114 du Code électoral sont concernées, depuis 2017⁵⁵⁷, par le prononcé quasi-obligatoire de la peine d'inéligibilité en ce qu'elles sont expressément visées à l'article 131-26-2, II, 7° du Code pénal.

In fine, à la différence de son homologue électoral qui maîtrise pleinement son office, le juge pénal semble ainsi bien plus contraint. Autrefois réticent à prononcer l'inéligibilité, le caractère alors facultatif de la peine complémentaire lui permettait de limiter au maximum la mise à l'écart temporaire du personnel politique fautif. Or, depuis l'introduction puis la généralisation du dispositif de peine quasi-obligatoire d'inéligibilité, le législateur français – en souhaitant changer de paradigme – force assurément la main au juge répressif dont l'office doit maintenant composer avec une inéligibilité de principe et un écartement de peine dûment motivé en guise d'exception.

En-dehors de la contrainte inégale des offices du juge électoral et du juge répressif tenant à la marge de manœuvre dont ils disposent respectivement pour apprécier la pertinence ou non de retenir une sanction d'inéligibilité (1), la temporalité attachée aux sanctions déclarées par le premier et prononcées par le second est une autre illustration de la complémentarité de leurs approches respectives reposant ainsi sur leurs différences (2).

⁵⁵³ D. GIRARD, « Répression comparée : définition et efficacité comparées : de la répression pénale et de la répression administrative », *ibid.*, p. 130.

⁵⁵⁴ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, *op. cit.*, p. 706.

⁵⁵⁵ A. BAVITOT, « Compétence des juges et procédure en droit pénal électoral », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 78.

⁵⁵⁶ À l'exception de l'infraction à l'article L. 61 du Code électoral si les armes étaient apparentes.

⁵⁵⁷ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

2. La temporalité des sanctions, des logiques distinctes

À l'aune des développements précédents, la circonstance que les inéligibilités déclarées par le juge électoral et celles prononcées par le juge pénal diffèrent quant à leur temporalité ne sera pas de nature à susciter l'étonnement.

Largement maîtrisées dans le cadre de l'office du juge électoral, les inéligibilités-sanctions semblent de plus en plus échappées au juge répressif, désormais quasiment contraint de les prononcer pour la répression d'une constellation d'infractions. Il est ainsi tentant de penser au premier abord que les sanctions déclarées par le juge électoral seraient celles qui auraient la temporalité la plus avantageuse en termes de moralisation de la vie politique.

Or, tel n'est pas le cas et c'est ainsi la peine complémentaire d'inéligibilité qui jouit d'une portée renforcée sur le plan de la temporalité (b) comparativement aux inéligibilités déclarées par le juge électoral dont la portée en la matière apparaît beaucoup plus réduite (a).

a. La portée réduite de l'inéligibilité déclarée par le juge électoral

Au regard du caractère résolument dérogatoire du contentieux électoral et des sanctions afférentes, les inéligibilités déclarées par le juge de l'élection sont caractérisées par certains particularismes concernant leur temporalité ; et ce, qu'elles répriment des irrégularités relatives à la législation sur le financement des campagnes électorales, des manœuvres frauduleuses attentant à la sincérité du scrutin ou d'autres manquements à l'impératif de transparence. Ces particularités conduisent à réduire leur portée pratique en matière de moralisation de la vie politique.

En premier lieu, ces inéligibilités-sanctions n'ont pas matière à s'appliquer rétroactivement à leur déclaration. Elles concernent l'ensemble des élections à venir ainsi que l'élection ayant conduit à la saisine du juge électoral. Bien entendu, l'inéligibilité déclarée de la sorte a pour conséquence la démission d'office des élus parlementaires et locaux⁵⁵⁸.

Le point de départ de l'application de la majeure partie de ces sanctions⁵⁵⁹, une fois déclarées, correspond ainsi à la date de la décision définitive du juge électoral. À ce titre, une particularité procédurale propre au contentieux électoral⁵⁶⁰ doit être relevée : celle de l'effet suspensif de l'appel, qui ne vaut

⁵⁵⁸ *Supra*.

⁵⁵⁹ Pour les inéligibilités déclarées sur le fondement des articles L.O. 136-1, L. 118-3, L.O. 136-3 et L.O. 136-4 du Code électoral.

⁵⁶⁰ Art. L. 4 du Code de justice administrative : « *Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* ».

toutefois que pour les élections municipales et communautaires⁵⁶¹ et pour les élections départementales⁵⁶². Cet effet suspensif implique que l'inéligibilité-sanction déclarée par un tribunal administratif ne produira ses effets, dans l'hypothèse où le candidat ou l'élu fautif visé interjetterait appel de ce jugement, qu'à compter de l'arrêt rendu par le Conseil d'État alors juge d'appel. S'agissant spécifiquement des articles L.O. 136-2 et L.O. 136-4 du Code électoral⁵⁶³, les inéligibilités déclarées sur leur fondement ont pour point de départ la décision du Conseil constitutionnel constatant le défaut de dépôt de l'une et/ou l'autre des déclarations mentionnées à l'article L.O. 135-1 du même Code⁵⁶⁴ ou l'absence de mise en conformité du parlementaire vis-à-vis de ses obligations fiscales⁵⁶⁵.

La conséquence directe de cette conception du point de départ des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection est que celles-ci n'influent en rien sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision définitive du juge de l'élection.

La Haute juridiction administrative, en tant que juge électoral, a eu l'occasion d'explicitier ce qu'il fallait retenir de cette conception du point de départ des inéligibilités-sanctions. Selon le Conseil d'État, la précision selon laquelle « *l'inéligibilité n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision du juge [...] a pour seul objet de spécifier que l'inéligibilité à d'autres mandats que celui en cause devant le juge de l'élection ne vaut que pour l'avenir ; que, par suite, lorsqu'une nouvelle élection a permis au candidat d'obtenir à nouveau le même mandat avant qu'il soit définitivement statué sur l'élection qui avait donné lieu à la saisine du juge et au prononcé de l'inéligibilité, il appartient au juge de déclarer le candidat élu démissionnaire d'office du mandat en cause* »⁵⁶⁶. Ainsi, seuls peuvent être visés de manière rétroactive les mandats acquis antérieurement à la décision définitive à l'occasion de nouvelles opérations électorales concernant l'élection dont le juge a été saisi de la régularité.

Toutefois, une telle conception de la temporalité des sanctions peut s'avérer problématique concernant les inéligibilités sanctionnant les manquements à la législation sur le financement des campagnes électorales⁵⁶⁷ et les manœuvres frauduleuses⁵⁶⁸. Il apparaît en effet que, pour une même élection et à raison de manquements similaires, le délai d'instruction de l'affaire peut avoir pour

⁵⁶¹ Art. L. 250 du Code électoral.

⁵⁶² Art. L. 223 du Code électoral.

⁵⁶³ Concernant seulement les parlementaires.

⁵⁶⁴ Pour l'inéligibilité déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-2 du Code électoral.

⁵⁶⁵ Pour l'inéligibilité déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-4 du Code électoral.

⁵⁶⁶ CE, 22 juin 2015, n° 387515, *Élec. des conseillers municipaux et communautaires d'Hautmont*.

⁵⁶⁷ Art. L.O. 136-1 et L. 118-3 du Code électoral.

⁵⁶⁸ Art. L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral.

conséquence certaines disparités dans l'application des inéligibilités-sanctions aux élus et candidats fautifs. Comme nous le verrons ci-après, une telle situation tenant au point de départ de ces inéligibilités-sanctions interroge notamment quant au respect du principe d'égalité entre les élus et candidats mis à l'écart temporairement de la vie politique par le juge de l'élection⁵⁶⁹. En 2012, à l'occasion de ses observations sur les élections législatives, le Conseil constitutionnel a ainsi indiqué que « *pour éviter de trop grandes disparités entre les candidats déclarés inéligibles, sans revenir sur le principe que la sanction d'inéligibilité doit être effective, il serait souhaitable que le législateur prévoie que le point de départ de la période au cours de laquelle le candidat est inéligible [soit] la date de l'élection* »⁵⁷⁰. Les Sages de la rue de Montpensier ont d'ailleurs réitéré cette recommandation dans leurs observations relatives aux élections législatives de 2017⁵⁷¹.

En deuxième lieu, s'agissant de la durée de la mise à l'écart temporaire décidée par le juge de l'élection, il y a lieu d'opérer une distinction entre l'inéligibilité prévue à l'article L.O. 136-2 du Code électoral et les autres sanctions. *D'une part*, dans la mesure où elle n'a fait l'objet d'aucune application à ce jour, l'inéligibilité d'un an déclarée sur le fondement de l'article L.O. 136-2 du Code électoral ne semble pas devoir retenir notre attention. Néanmoins, il faut tout de même relever, outre la logique d'infantilisation moralisante animant cette sanction⁵⁷², qu'une durée aussi courte réprimant un manquement aussi grave – l'absence pure et simple de dépôt des déclarations d'intérêts et d'activités et/ou de patrimoine – questionne assurément. Ce décalage entre la durée de l'inéligibilité et le comportement visé conforte notre constat d'un excès de micro-moralisation vis-à-vis des parlementaires. *D'autre part*, les autres inéligibilités-sanctions – c'est-à-dire celles fondées sur les articles L.O. 136-1, L. 118-3, L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral – peuvent être prononcées pour une durée maximale de trois ans.

Dans la mesure où ces inéligibilités n'ont matière à s'appliquer que pour l'avenir, leur courte durée peut s'avérer être un véritable obstacle à une moralisation effective de la vie politique. Il est ainsi possible d'envisager une hypothèse illustrant l'impact relatif qu'une inéligibilité déclarée par le juge de l'élection peut avoir sur la santé du jeu démocratique. À ce titre, nous nous appuyerons sur l'inéligibilité réprimant les manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin. Du fait de l'existence à ce jour d'une seule et unique décision rendue par les Sages de la rue de Montpensier sur

⁵⁶⁹ *Infra*.

⁵⁷⁰ Cons. constit., 11 juillet 2013, n° 2013-26 ELEC, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012*.

⁵⁷¹ Cons. constit., 21 février 2019, n° 2019-28 ELEC, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 11 et 18 juin 2017*.

⁵⁷² *Supra*.

le fondement de l'article L.O. 136-3 du Code électoral⁵⁷³, l'hypothèse reposera sur la sanction prévue à l'article L. 118-4 du Code électoral pour les élus locaux, ayant fait l'objet d'applications plus nombreuses par le juge administratif en tant que juge électoral. En l'état actuel de la jurisprudence et outre la décision susmentionnée du Conseil constitutionnel⁵⁷⁴, il faut relever que cette inéligibilité-sanction n'est prononcée, en règle générale⁵⁷⁵, que pour une durée d'un an⁵⁷⁶.

Imaginons qu'à l'occasion des élections départementales des 22 et 29 mars 2015 un candidat, par ailleurs parlementaire, ait personnellement réalisé des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin et que le juge électoral ait été régulièrement saisi d'une protestation électorale qui l'amène à le déclarer inéligible pour une durée d'un an sur le fondement de l'article L. 118-4 du Code électoral. Dans l'hypothèse où la décision définitive serait rendue au plus tard au mois de mai 2016 – ce qui n'est pas inconcevable⁵⁷⁷ – cette personne aurait tout à fait pu se présenter aux élections législatives de juin 2017 et sénatoriales de septembre 2017. Si l'on poursuit ce raisonnement en supposant que cette dernière ait été réélue en tant que parlementaire, il aurait été tout à fait envisageable pour elle de réitérer ce type d'agissements lors des élections départementales des 20 et 27 juin 2021, sans pour autant que son inéligibilité déclarée par le juge de l'élection constitue nécessairement un obstacle à une éventuelle candidature aux élections législatives des 12 et 19 juin 2022 antérieure à la décision juridictionnelle définitive.

Néanmoins, cette illustration hypothétique ne doit pas conduire à nier tout intérêt aux inéligibilités-sanctions présentement étudiées du fait de leur faible durée. Comparativement à la peine prononcée par le juge de pénal⁵⁷⁸, l'ensemble des sanctions d'inéligibilité déclarées par le juge de l'élection ne peut faire l'objet d'une sollicitation de l'élu ou du candidat fautif aux fins de relèvement sur le fondement de l'article 702-1 du Code de procédure pénale. Cela signifie donc que l'inéligibilité ainsi déclarée ne peut voir sa durée réduite d'aucune façon au cours de son application.

⁵⁷³ Cons. constit., 28 janvier 2022, n° 2021-5726/5728 AN, précité.

⁵⁷⁴ *Idem.*

⁵⁷⁵ CE, 10 novembre 2021, n° 450401, *Élec. mun. d'Arue*.

⁵⁷⁶ CE, Sect., 04 février 2015, n° 385555, précité ; CE, 17 juin 2015, n° 445708, *Élec. des conseillers municipaux de Noisy-le-Grand* ; CE, 16 juillet 2021, n° 445802, précité ; CE, 11 janvier 2022, n° 451509, *Élec. Mun. de Marseille, 6^{ème} secteur*.

⁵⁷⁷ CE, 16 mars 2016, n° 394533, *Élec. des conseillers départementaux dans le canton de Niort 3* ; CE, 16 mars 2016, n° 394547, *Élec. des conseillers départementaux dans le canton de Niort 1* ; CE, 04 avril 2016, n° 394866, *Élec. du conseil départemental dans le canton de Saint-Paul 2* ; CE, 15 avril 2016, n° 394408, *Élec. des conseillers départementaux dans le canton de Villemur-sur-Tarn*.

⁵⁷⁸ *Infra.*

En troisième et dernier lieu, nous soulignons plus haut que le point de départ de certaines inéligibilités déclarées par le juge de l'élection⁵⁷⁹ pouvait être problématique notamment au regard du principe d'égalité. Pour une même élection et à raison de manquements similaires, la prise d'effet de l'inéligibilité-sanction peut varier d'un politique fautif à l'autre en fonction du temps nécessaire à l'instruction des affaires. Outre leurs recommandations précitées⁵⁸⁰, les Sages de la rue de Montpensier soulignaient ainsi dans leurs observations sur les élections législatives de 2017 qu'« *en fonction de la durée de la procédure, la sanction d'inéligibilité prononcée n'a pas la même portée pour tous les candidats déclarés inéligibles* »⁵⁸¹.

Les illustrations de cette variabilité de l'effet des inéligibilités-sanctions consécutive au temps nécessaire à l'instruction des affaires sont nombreuses.

Tout d'abord, il est par exemple possible d'évoquer l'inéligibilité d'un an de deux candidats aux élections législatives de 2012 déclarée respectivement le 22 février 2013⁵⁸² et le 24 mai 2013⁵⁸³ sur le fondement de l'article L.O. 136-1 du Code électoral : le second étant donc resté inéligible jusqu'au 24 mai 2014, le premier ayant pu se présenter à nouveau à une élection dès le 22 février 2014, soit un écart de deux mois. *Ensuite*, encore plus saisissante est la situation de deux candidats aux élections législatives de 2017 déclarés inéligibles pour une durée de trois ans sur le fondement de l'article précité respectivement le 13 avril 2018⁵⁸⁴ et le 27 septembre 2018⁵⁸⁵, soit un écart de six mois entre les deux décisions. Alors que le premier de ces candidats peut se représenter à une élection depuis le 13 avril 2021, le second restera inéligible jusqu'au 27 septembre de cette année. *Enfin*, au titre d'un exemple local, le politique réunionnais M. Éric Fruteau, candidat aux élections législatives de juin 2012, a été déclaré inéligible pour une durée d'un an par les Sages de la rue de Montpensier le 12 avril 2013⁵⁸⁶, ce qui a eu pour conséquence de l'empêcher de se présenter aux élections municipales de Saint-André des 23 et 30 mars 2014 à dix-neuf jours près.

Il faut dès lors rappeler que le principe d'égalité exige que des situations identiques soient traitées de façon similaire⁵⁸⁷. Or, dans les hypothèses précitées,

⁵⁷⁹ S'agissant des inéligibilités-sanctions des articles L.O. 136-1, L. 118-3, L.O. 136-3 et L. 118-4 du Code électoral.

⁵⁸⁰ *Supra*.

⁵⁸¹ Cons. constit., 21 février 2019, n° 2019-28 ELEC, précité.

⁵⁸² Cons. constit., 22 février 2013, n° 2012-4690 AN, *Debiol*.

⁵⁸³ Cons. constit., 24 mai 2013, n° 2013-4865 AN, *Bartoli*.

⁵⁸⁴ Cons. constit., 13 avril 2018, n° 2017-5336 AN, *Grandet*.

⁵⁸⁵ Cons. constit., 27 septembre 2018, n° 2017-5391 AN, *Bourjac*.

⁵⁸⁶ Cons. constit., 12 avril 2013, n° 2013-4874 AN, *Fruteau*.

⁵⁸⁷ Cons. constit., 23 juillet 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France télécom* ; Cons. constit., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Loi créant les plans d'épargne retraite* ; CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et*

ce sont bien des candidats aux mêmes élections, sanctionnés pour des manquements réprimés par le même mécanisme, qui se retrouvent dans des situations différentes eu égard au temps nécessaire à l’instruction des affaires. Aucune raison d’intérêt général ne semble pourtant justifiée une telle différence de traitement.

C’est certainement ce constat d’une variabilité préjudiciable de l’effet des inéligibilités qui a conduit les parlementaires, à l’occasion des débats entourant l’adoption des lois organique et ordinaire *visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral*⁵⁸⁸, à proposer des modifications en la matière. À ce titre, il convient de se reporter au rapport du député M. Guillaume Gouffier-Cha⁵⁸⁹ portant sur les lois précitées alors à l’état de propositions.

Dans un premier temps, il avait été proposé que le point de départ de l’inéligibilité-sanction corresponde à la date du premier tour du scrutin au titre de laquelle elle était déclarée, et non plus à la date de la décision définitive du juge électoral l’ayant retenu. Néanmoins, une telle modification présentait deux inconvénients « *dotée d’un effet rétroactif, elle remettait en cause les mandats acquis entre le premier tour de scrutin, d’une part, et la décision du juge électoral, d’autre part ; elle pouvait permettre à un candidat déclaré inéligible de se présenter plus rapidement à un nouveau scrutin* »⁵⁹⁰. C’est pourquoi la Commission des Lois du Sénat a abandonné la perspective d’une telle évolution. *Dans un second temps*, il a été proposé d’inscrire dans les textes que « *pour un même scrutin, le juge de l’élection [aurait dû] veiller à ce que les peines d’inéligibilité prononcées assurent un traitement équitable des candidats au vu d’élections à venir* »⁵⁹¹. De la sorte, le juge électoral aurait été invité « *à moduler la durée des inéligibilités prononcées afin que des candidats ayant commis des irrégularités comparables soient déclarés inéligibles pour les mêmes échéances*

Fédération des associations pour la promotion et l’insertion par le logement ; CE, 11 avril 2018, n° 407331, *Mutuelle Cybèle Solidarité*.

⁵⁸⁸ Loi organique n° 2019-1268 du 02 décembre 2019 ; Loi n° 2019-1269 du 02 décembre 2019.

⁵⁸⁹ G. GOUFFIER-CHA, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration générale de la République, sur la proposition de loi et la proposition de loi organique, adoptées par le Sénat, visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral (n° 2078 et 2079)*, Assemblée nationale, 2019.

⁵⁹⁰ A. DE BELENET, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d’Administration générale sur la proposition de loi et la proposition de loi organique visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral (n° 385 et 386)*, Sénat, 2019, p. 17.

⁵⁹¹ G. GOUFFIER-CHA, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l’Administration générale de la République, sur la proposition de loi et la proposition de loi organique, adoptées par le Sénat, visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral (n° 2078 et 2079)*, *ibid.*, p. 31.

électorales »⁵⁹². Néanmoins, cette solution, outre le fait qu'elle encourageait à faire preuve d'une clémence certaine à l'égard des politiques fautifs en considération d'échéances électorales à venir, revenait « à inciter le juge à traiter différemment des situations comparables en modulant la durée des peines prononcées à l'encontre de candidats ayant commis les mêmes manquements. Or, la durée de la peine prononcée est un élément qui peut aussi compter dans une élection et dans l'appréciation de la gravité des faits reprochés à un candidat »⁵⁹³ : la question liée au principe d'égalité ressurgissant ainsi subrepticement.

En conséquence, pour reprendre les mots du Professeur Romain Rambaud, c'est « avec sagesse »⁵⁹⁴ que cette modification n'a pas été retenue par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale. Alors même qu'ils avaient clairement identifié la problématique soulevée par le point de départ des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection, les parlementaires ont préféré faire prévaloir la logique du *statu quo ante* plutôt que de s'aventurer sur les chemins politiquement risqués de l'avancée juridique. Malgré les nombreux apports des lois ordinaire et organique du 02 décembre 2019⁵⁹⁵ à la matière électorale, l'effet des sanctions d'inéligibilité des articles L.O. 136-1, L. 118-3, L.O. 136-3 et L. 118-4 n'est donc pas prêt de gagner les berges de l'invariabilité.

In fine, contrastant avec la liberté de l'office du juge de l'élection, la temporalité attachée aux inéligibilités-sanctions déclarées par ce dernier limite leur portée pratique en matière de mise à l'écart temporaire des édiles fautifs. D'ailleurs, il faut se demander si l'importante marge d'appréciation laissée au juge électoral n'œuvre pas justement dans ce sens. En d'autres termes, par l'important conditionnement des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge de l'élection, il est logique au fond que leur temporalité soit tout aussi contrainte. Certes insusceptibles de faire l'objet d'un relèvement au cours de leur application, ces sanctions apparaissent ainsi limitées sur le terrain de la moralisation de la vie politique tant au regard de leur courte durée que de la variabilité de leur effet. En tout état de cause, la temporalité attachée aux sanctions d'inéligibilité déclarées par le juge électoral (a) se distingue de celle caractérisant les peines prononcées

⁵⁹² A. DE BELENET, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur la proposition de loi et la proposition de loi organique visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral* (n° 385 et 386), *ibid.*, p. 41.

⁵⁹³ G. GOUFFIER-CHA, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, sur la proposition de loi et la proposition de loi organique, adoptées par le Sénat, visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral* (n° 2078 et 2079), *ibid.*, p. 31.

⁵⁹⁴ R. RAMBAUD, « La clarification du droit électoral », *AJDA* 2020, p. 346.

⁵⁹⁵ Loi organique n° 2019-1268 du 02 décembre 2019 ; Loi n° 2019-1269 du 02 décembre 2019.

en la matière par le juge répressif (b) attestant une fois de plus de la complémentarité des offices juridictionnels de ceux-ci.

b. La portée renforcée de l'inéligibilité prononcée par le juge pénal

Paradoxalement, alors que le juge pénal doit assumer une contrainte de plus en plus importante pesant sur son office notamment depuis 2017⁵⁹⁶, qui témoigne d'ailleurs d'une résurgence de l'automaticité de la sanction d'inéligibilité⁵⁹⁷, la peine qu'il prononce semble tout de même plus pertinente en termes de moralisation de la vie politique que les sanctions déclarées par son homologue électoral, et ce sur le terrain de la temporalité.

En premier lieu, le caractère rétroactif de la peine complémentaire d'inéligibilité prononcée par le juge pénal visant des élus au cours de leur mandat mérite d'être souligné. À la différence des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral qui concernent le mandat irrégulièrement acquis à l'occasion des opérations électorales dont il est saisi et les élections à venir, la mise à l'écart temporaire décidée par le juge répressif a en effet potentiellement vocation à s'appliquer aux mandats acquis antérieurement à sa décision définitive. À ce titre, il y a lieu de distinguer la situation des parlementaires de celles des élus locaux.

Pour les premiers, la sanction d'inéligibilité sur le terrain pénal conduit nécessairement à la perte de leur mandat par le mécanisme de la « déchéance ». En effet, aux termes de l'article L.O. 136 du Code électoral, « sera déchu de plein droit de la qualité de membre de l'Assemblée nationale celui [...] qui pendant la durée de son mandat, se trouvera dans l'un des cas d'inéligibilité prévus par le présent code »⁵⁹⁸. *Pour les élus locaux*, cette application rétroactive de la peine complémentaire d'inéligibilité aux mandats acquis antérieurement à la décision définitive de la juridiction judiciaire est conditionnée à la circonstance que cette sanction vienne réprimer des faits commis postérieurement à l'acquisition des mandats concernés. C'est pourquoi un élu municipal condamné le 19 juin 2000 pour des faits de délits de favoritisme commis entre 1995 et 1996 en tant que maire, et radié des listes électorales seulement en décembre 2001, ne pouvait voir son élection de conseiller municipal en mars 2001 remise en cause par une démission d'office⁵⁹⁹ : la cause d'inéligibilité étant antérieure à son élection. Sous réserve de remplir cette condition tenant à la privation de l'éligibilité pour une cause survenue postérieurement aux élections visées, l'élu sera déclaré « démissionnaire d'office » de l'ensemble de ces mandats électifs locaux à

⁵⁹⁶ Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017, art. 1^{er}.

⁵⁹⁷ *Supra*.

⁵⁹⁸ Rappelons qu'en vertu de l'article L.O. 296 du Code électoral, « Les autres conditions d'éligibilité et les inéligibilités sont les mêmes que pour l'élection à l'Assemblée nationale ».

⁵⁹⁹ CE, 07 janvier 2004, n° 258.240, *Le Floc'h et autres*.

compter de la date de la décision définitive du juge pénal prononçant la peine complémentaire d'inéligibilité.

Cette rétroactivité potentielle de la peine d'inéligibilité est par ailleurs renforcée par la faculté dont dispose le juge pénal d'assortir la sanction d'une exécution provisoire avant qu'une condamnation définitive ne soit prononcée en la matière, et ce en vertu de la combinaison du quatrième alinéa de l'article 471 du Code de procédure pénale et de l'article 131-10 du Code pénal. Là-encore, il y a lieu d'opérer une distinction entre les élus locaux et les parlementaires.

S'agissant des détenteurs de mandats électifs publics locaux, la jurisprudence administrative⁶⁰⁰ retient que, concernant « l'élu local [qui] se trouve, pour une cause survenue postérieurement à son élection, privé du droit électoral en vertu d'une condamnation devenue définitive ou d'une condamnation dont le juge pénal a décidé l'exécution provisoire, le Préfet est tenu de le déclarer démissionnaire d'office »⁶⁰¹. Pour les parlementaires, un doute subsiste néanmoins concernant l'application anticipée de la peine complémentaire d'inéligibilité via le mécanisme de l'exécution provisoire. Le Conseil constitutionnel a en effet retenu, à propos d'un sénateur condamné par une cour d'appel à une peine complémentaire d'inéligibilité d'un an assortie de l'exécution provisoire – arrêt contre lequel il s'était pourvu en cassation –, qu'il devait « jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, surseoir à statuer sur la requête tendant à faire constater la déchéance encourue de plein droit par M. Flosse de son mandat de sénateur du fait de la condamnation comprise dans l'arrêt frappé de pourvoi »⁶⁰².

Toutefois, en-dehors de l'hypothèse de l'exécution provisoire de la peine complémentaire d'inéligibilité, le candidat ou l'élu fautif qui interjetterait appel du jugement la prononçant ou qui se pourvoierait en cassation contre l'arrêt d'une cour d'appel la confirmant ne sera considéré comme inéligible qu'à compter de la condamnation pénale devenue définitive. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la majeure partie des édiles condamnés à une telle peine d'inéligibilité interjettent systématiquement appel de leur condamnation ou se pourvoient en cassation⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Après avoir été déclarés démissionnaires d'office par l'autorité préfectorale, les politiques se tournent souvent vers la juridiction administrative pour contester cette décision.

⁶⁰¹ CE, 20 juin 2012, n° 356865, *M. S...* ; CE, 03 octobre 2018, n° 419049, *M. A... B...* ; CE, 20 décembre 2019, n° 432078, *Élec. mun. de Papara*.

⁶⁰² Cons. constit., 22 octobre 2009, n° 2009-21 D, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de M. Gaston Flosse de sa qualité de membre du Sénat*.

⁶⁰³ C. ANCELOT, J. CAFFEAU-MARTIN, C. MORIO et E. DAOUD, « Municipales : un candidat a été condamné et déclaré inéligible mais il fait appel ou forme un pourvoi. Peut-il se présenter ? », *Les Surligneurs*, 21 janv. 2020, (<https://lessurligneurs.eu/un-candidat-a-ete-condamne-et-declare-ineligible-mais-il-fait-appel-ou-forme-un-pourvoi-peut-il-se-presenter/> – dernière consultation le 18 juin 2022).

En deuxième lieu, s'agissant spécifiquement de la durée de la peine complémentaire d'inéligibilité, celle-ci est de cinq ans maximum lorsqu'elle accompagne la condamnation d'un délit et de dix ans pour la commission d'un crime. Toutefois, aux termes de l'article 131-26-1 du Code pénal, l'inéligibilité peut être prononcée pour une durée de dix ans à l'encontre d'une personne ayant commis un délit dès lors qu'elle exerçait « *un mandat électif public au moment des faits* ». De telles durées contrastent évidemment avec celles des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral qui ne peuvent dépasser trois ans.

Il faut alors remarquer que le poids d'une telle sanction sur une carrière politique est particulièrement important, surtout lorsqu'il est apprécié à l'aune de la quantité considérable d'infractions donnant désormais lieu au prononcé quasi-obligatoire de l'inéligibilité sur le fondement de l'article 131-26-2 du Code pénal⁶⁰⁴.

Néanmoins, le politique sanctionné peut, dans la mesure où l'inéligibilité n'a pas été prononcée à titre principal, solliciter auprès de la juridiction l'ayant condamné le relèvement de la peine en vertu de l'article 702-1 du Code de procédure pénale⁶⁰⁵. De surcroît, le législateur a confié le soin au juge pénal de décider de la durée adéquate de la peine complémentaire d'inéligibilité. En effet, la circulaire de présentation de la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité précise que « *cette peine doit être prononcée expressément par le juge, à qui il revient d'en fixer la durée* »⁶⁰⁶.

Or, nous indiquions précédemment que la loi du 15 septembre 2017 avait pour conséquence, dans une certaine mesure, d'annihiler la réticence du juge répressif à l'idée de mettre à l'écart temporairement de la vie politique les édiles fautifs. La réponse de la juridiction judiciaire à ce législateur pressant pourrait consister à prononcer des peines complémentaires d'inéligibilité de durée assez courtes afin de relativiser au maximum leur pertinence en matière de moralisation de la vie politique. En d'autres termes, « *la frilosité des juges évoquées par le rapport Nadal* [⁶⁰⁷] [pourrait] *se déporter sur la durée de la peine d'inéligibilité pour ne pas permettre son 'effet utile'* »⁶⁰⁸. À vouloir contraindre l'office du juge répressif, le législateur prend ainsi le risque d'essuyer une réponse cinglante sous la forme d'une retenue portant sur la durée de la peine et non plus sur son

⁶⁰⁴ *Supra*.

⁶⁰⁵ *Supra*.

⁶⁰⁶ Circulaire du 21 septembre 2017 de présentation de la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité, créée par la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, *BOMJ* n° 2017-10 du 31 octobre 2017 (JUSD1726581C).

⁶⁰⁷ J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁰⁸ F. ROUSSEAU, « L'efficacité des peines en matière politique », in D. DECHENAUD, R. RAMBAUD et C. RYBEYRE (dir.), *Le droit pénal électoral*, LGDJ, 2019, p. 53.

prononcé. En ce sens, il aurait été certainement judicieux et surtout possible d'imposer une durée minimale d'inéligibilité en fonction des infractions commises.

En troisième et dernier lieu, il convient d'envisager l'hypothèse d'une évolution de l'actuelle peine d'inéligibilité décidée pour une durée maximale de dix ans, en une sanction prononcée à titre définitif. Une telle avancée constituerait assurément un signal particulièrement fort en matière de moralisation de la vie politique. Loin d'être inenvisageable, cette possibilité a fait l'objet de nombreux débats depuis 2013.

Tout d'abord en 2013, les importantes lois relatives à la transparence de la vie publique⁶⁰⁹, alors à l'état de projet, avaient envisagé – sous l'impulsion du Président de la République de l'époque, M. François Hollande – la création d'une peine complémentaire d'inéligibilité en matière délictuelle pouvant être prononcée définitivement : c'est-à-dire « *instituant une exclusion sans limite temporelle de toute candidature à une élection au suffrage universel* »⁶¹⁰. Celle-ci visait notamment les titulaires d'un mandat électif public acquis par la voie du suffrage universel, ce qui correspondait à l'ensemble de la représentation politique nationale et locale. Néanmoins, eu égard aux nombreuses possibilités de relèvement de cette peine complémentaire – grâce présidentielle⁶¹¹, réhabilitations judiciaire⁶¹² et légale⁶¹³ – qui conduisaient à rendre ce prononcé à titre définitif plus symbolique que réel, la Commission des Lois de l'Assemblée nationale ne l'a pas retenu dans le texte final⁶¹⁴. De surcroît, feu le Professeur Richard Ghevontian relevait alors qu'une inéligibilité perpétuelle aurait été « *contraire au principe de proportionnalité* »⁶¹⁵.

Ensuite, par une question écrite soumise au Gouvernement en 2014⁶¹⁶, la Garde des Sceaux avait été interrogée sur le point de savoir quelle serait la position

⁶⁰⁹ Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 ; Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013.

⁶¹⁰ J.-J. URVOAS, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, sur le projet de loi organique et le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique (n° 1004 et 1005)*, Assemblée nationale, 2013, p. 296.

⁶¹¹ Art. 17 de la Constitution du 04 octobre 1958.

⁶¹² Art. 702-1 du Code de procédure pénale.

⁶¹³ Se réalisant de plein droit à l'issue d'un certain délai dépendant de la peine prononcée.

⁶¹⁴ J.-J. URVOAS, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, sur le projet de loi organique et le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique (n° 1004 et 1005)*, *ibid.*, p. 301.

⁶¹⁵ « Inéligibilité des élus : la proposition de François Hollande est-elle faisable ? », *Huffington Post*, 03 avril 2013, (https://www.huffingtonpost.fr/2013/04/03/ineligibilite-elus-proposition-francois-hollande-est-elle-faisable_n_3006346.html – dernière consultation le 18 juin 2022).

⁶¹⁶ Question écrite n°67990 de Christophe PREMAT, *Journal Officiel de l'Assemblée nationale*, 09 novembre 2014.

des Sages de la rue de Montpensier vis-à-vis d'une inéligibilité prononcée sans limitation temporelle à l'encontre des politiques coupables des malversations les plus graves. Le parlementaire soutenait alors que cette possibilité « [était] *indispensable pour restaurer la confiance de nos concitoyens à l'égard des institutions et lutter efficacement contre les faits de corruption les plus graves* »⁶¹⁷. Dans l'attente d'une réponse de la ministre de la Justice, des députés ont soumis le 19 novembre 2014 une proposition de loi invitant le législateur à instituer une peine d'inéligibilité à vie⁶¹⁸. Reprenant l'argumentaire sur lequel reposée la question soumise à la Garde des Sceaux, ceux-ci soutenaient ainsi que « *dix ans d'inéligibilité devrait être un minimum et non pas un maximum. Les juges devraient, au cas par cas, avoir la possibilité d'aller plus loin, jusqu'à prononcer une inéligibilité à vie pour les malversations les plus graves* »⁶¹⁹. Toutefois, cette proposition est restée lettre morte. Le 11 août 2015, la Garde des Sceaux, Mme Christiane Taubira, après avoir opéré un parallèle avec l'ancien article L. 7 du Code électoral⁶²⁰, a répondu à la question qui lui avait été soumise en 2014 en indiquant qu'« *il [n'était] pas possible à ce jour de déterminer la position qu'adopterait le Conseil constitutionnel à l'égard d'une disposition légale qui instituerait une peine d'inéligibilité définitive, notamment au regard du principe de proportionnalité de la peine* »⁶²¹.

Enfin, une quinzaine de députés – dont l'élue réunionnaise et actuelle présidente de Région, Mme Huguette Bello – ont présenté le 21 mars 2018 une proposition de loi *visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale*⁶²² qui s'inscrivait dans le mouvement de moralisation initié par les lois ordinaire et organique de septembre 2017⁶²³. Il était alors envisagé de porter la durée de la peine complémentaire d'inéligibilité prévue pour les crimes ou délits listés à l'article 131-26-2, II du Code pénal à trente ans lorsque ceux-ci auraient été commis par un membre du Gouvernement ou une personne investie d'un mandat électif public au moment des faits litigieux. Surtout, les députés proposaient de prévoir une inéligibilité à vie dès lors que la commission

⁶¹⁷ *Idem.*

⁶¹⁸ Proposition de loi n°2376 visant à instaurer une peine complémentaire d'inéligibilité pouvant être perpétuelle pour tout élu condamné pour des faits de fraude fiscale ou de corruption, *Assemblée nationale*, 19 novembre 2014.

⁶¹⁹ *Idem.*

⁶²⁰ La Garde des Sceaux soulignant que cette disposition avait été abrogée en raison du caractère automatique attaché à la radiation des listes électorales, ce qui n'était pas en cause s'agissant d'une éventuelle peine complémentaire d'inéligibilité prononcée à titre définitif.

⁶²¹ Réponse de la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, à question écrite n°67990 de Christophe PREMAT, *Journal Officiel de l'Assemblée nationale*, 11 août 2015.

⁶²² Proposition de loi n°788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, *Assemblée nationale*, 21 mars 2018.

⁶²³ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 ; Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017.

d'une infraction de la liste susmentionnée suivait ou accompagnait la commission d'une autre infraction visait par cette même liste. Dans son avis rendu sur cette proposition de loi, après avoir rappelé les exigences inhérentes à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et à l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'État a estimé que « *les exigences constitutionnelles et conventionnelles [...] ne font pas obstacle à ce qu'une peine complémentaire d'inéligibilité à vie ou une peine qui peut s'y apparenter dans certaines circonstances, comme la peine de trente ans envisagée dans la proposition de loi, puisse être prévue par la loi dès lors que, répondant à une nécessité, elle n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la gravité de l'infraction qu'elle réprime, qu'elle est individualisée par le juge et qu'au cours de son exécution, la personne condamnée peut en demander le relèvement* »⁶²⁴. Néanmoins, cette avancée ambitieuse et juridiquement envisageable est demeurée au stade de la simple proposition.

In fine, à tous ces égards, il est permis de penser que dans l'hypothèse où le législateur aurait à l'avenir la volonté d'insuffler un nouveau vent de moralisation dans la vie politique française, celui-ci pourrait tout à fait instituer une peine complémentaire d'inéligibilité d'une durée supérieure à dix ans voire prononcée à titre définitif, sous réserve d'aménager et de garantir les possibilités de relèvement de celle-ci. À ce titre, il est important de relever que ni le droit constitutionnel ni le droit européen des droits de l'Homme ne s'y opposent. D'ailleurs, dans une décision rendue en juin 2018 à propos de l'interdiction définitive d'enseigner ou de diriger un établissement d'enseignement fondée sur l'article 131-27 du Code pénal, le Conseil constitutionnel a jugé cette exclusion perpétuelle conforme à la Constitution⁶²⁵, attestant ainsi de la possibilité d'instituer à terme une peine d'inéligibilité à vie. Cette évolution nécessiterait cependant une volonté politique soutenue par de fortes attentes de l'opinion publique consécutives, par exemple, à de graves atteintes à la probité et à l'impératif d'exemplarité imputables à la représentation politique nationale et locale. À ce titre, il n'est pas risqué d'avancer que le monde politique français, à l'aune de sa propension aux « affaires », offrira certainement dans un futur plus ou moins proche de belles occasions de modifier notre législation en ce sens.

En tout état de cause, sur le terrain de la temporalité, la peine complémentaire d'inéligibilité surclasse largement les sanctions d'inéligibilité déclarées par le juge électoral. Caractérisée par une rétroactivité quasi-systématique et étant prononcée pour une durée pouvant atteindre dix ans (et peut-

⁶²⁴ CE, avis, 14 février 2019, n° 395384, *Proposition de loi n°788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale*.

⁶²⁵ Cons. constit., 1^{er} juin 2018, n° 2018-710 QPC, *Association Al Badr et a.*

être bien plus à l'avenir), la peine d'inéligibilité bénéficie d'une portée supérieure en matière de moralisation de la vie politique.

Conclusion du II.

En termes de mise en œuvre juridictionnelle, que ce soit sur le terrain de l'encadrement du mécanisme par le droit constitutionnel et par le droit européen des droits de l'Homme, ou sur celui des offices respectifs du juge de l'élection et du juge pénal, les sanctions d'inéligibilité visant la représentation politique nationale et locale coexistent avec leurs logiques propres sans pour autant s'exclure.

Le cadre que partagent ces sanctions est une enceinte particulièrement propice au développement et à la pérennité de ces dispositifs de mise à l'écart temporaire de la vie politique des candidats et élus fautifs. En effet, sur le plan constitutionnel comme sur le volet conventionnel, les sanctions d'inéligibilité n'ont finalement à connaître ni des contraintes inhérentes à leur possible cumul, ni de celles relatives aux exigences européennes du procès équitable. Les différents dispositifs apparaissent ainsi solidement ancrés dans le paysage juridique et ne craignent pas, en l'état du droit positif, une remise en cause au titre de leur constitutionnalité et/ou de leur conventionnalité. Ce cadre peu contraignant pour les inéligibilités-sanctions, qui témoigne au fond du poids de la souveraineté sur la détermination des règles du jeu démocratique, représente un atout de taille pour la moralisation de la vie politique. Ainsi, cet espace commun et ses avantages constituent autant d'éléments que le législateur devra nécessairement prendre en compte s'il estimait nécessaire de faire évoluer certains dispositifs d'inéligibilité-sanction.

S'agissant des différences caractérisant la portée des sanctions et plus généralement la démarche conduisant respectivement à leur déclaration par le juge électoral et à leur prononcé par le juge pénal, le constat suivant s'impose : les avantages des unes compensent les faiblesses des autres et inversement. Les différences observées au niveau des offices juridictionnels sont ainsi loin d'avoir un impact négatif en matière de moralisation de la vie politique, bien au contraire. En effet, la coexistence de logiques distinctes permet en réalité de couvrir un large spectre de situations et de qualifications, et donc de poursuivre de manière pertinente cette finalité via le mécanisme de la sanction d'inéligibilité. Si le juge électoral allie la souplesse et la maîtrise de son office à une temporalité minimale ; le juge pénal, certes contraint, est pour sa part en mesure de prononcer des sanctions s'inscrivant dans un temps long et ayant pour la majeure partie d'entre elles un effet rétroactif sur les mandats acquis antérieurement à sa décision définitive.

Conclusion générale

À l'issue de cette étude consacrée à la moralisation de la vie politique par la mise à l'écart temporaire du jeu démocratique des candidats et élus fautifs, force est d'admettre la cohérence de cet univers nébuleux des inéligibilités-sanctions. Celui-ci peut paraître, si ce n'est anarchique, au moins désordonné en première analyse. Pourtant, loin d'être un tableau impressionniste, c'est un ensemble au service de la moralisation du corps des représentants politiques nationaux et locaux dont il est question. Alors que nous relevions en introduction l'existence d'une défiance généralisée de l'opinion publique à l'endroit du personnel politique, tant le champ d'application que la mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions invitent tout un chacun à reconsidérer sa position en la matière : la représentation politique nationale et locale étant pour ainsi dire cernée par un nombre particulièrement important de sanctions d'inéligibilité. Ce constat conforte l'affirmation selon laquelle un fossé existe entre l'image que les citoyens se font de leurs représentants et l'arsenal juridique déployé pour garantir, dans une certaine mesure, une saine composition du monde politique.

En tout état de cause, eu égard au champ des comportements, manœuvres et autres manquements réprimés par la mise à l'écart temporaire du jeu démocratique, la finalité poursuivie par les inéligibilités-sanctions ayant fait l'objet de cette étude est définitivement celle de la moralisation de la vie politique. La situation n'est plus celle de la fin des années 1990 où M. Jacky GALVEZ considérait qu'en matière de moralisation, « *le rôle majeur ne [pouvait] revenir qu'au juge de l'élection* »⁶²⁶, puisque « *la nature même de la mission du juge pénal ne lui [permettait] de participer que dans une certaine mesure très limitée [à ce] mouvement* »⁶²⁷. En effet, les inéligibilités-sanctions n'ont cessé de se transformer afin de répondre au mieux à la nécessaire régulation par le juge de la composition du corps des représentants politiques. En témoignent aussi bien l'extension considérable du nombre d'infractions dont la commission mène désormais au prononcé quasi-obligatoire de la peine d'inéligibilité par le juge répressif, que les évolutions relatives aux sanctions d'inéligibilité déclarées par le juge électoral en termes d'amélioration des dispositifs existants et d'institution de nouveaux mécanismes. Ainsi, c'est « *donc en privant les agents publics de leur droit d'éligibilité plus qu'en excluant les auteurs d'infraction à caractère politique de la communauté civique que le législateur et le juge protègent l'État et les droits des citoyens* »⁶²⁸ et moralisent alors la vie politique nationale et locale,

⁶²⁶ J. GALVEZ, *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, op. cit., p. 404.

⁶²⁷ *Idem*, p. 410.

⁶²⁸ C. AYNES, *La privation des droits civiques et politiques : l'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, op. cit., p. 326.

selon des échelles qui varient en fonction des manquements sanctionnés et plus largement de l'atteinte au jeu démocratique réprimée. *D'une part*, une micro-moralisation est assurée conjointement par le juge électoral et le juge pénal ; *d'autre part*, une macro-moralisation est conduite par le seul juge répressif. L'existence de ces deux degrés permet d'affirmer que ce mouvement concerne tous les niveaux de l'échiquier politique à l'échelle nationale et locale, enfin presque...

En effet, nous avons pu déceler une certaine asymétrie en matière de micro-moralisation. Il serait ainsi opportun d'opérer un rééquilibrage relatif au poids de la moralisation de la vie politique en termes de sanctions d'inéligibilité. Tout en conservant cette architecture duale au service de la moralisation de la vie politique, une certaine gradation pourrait être instaurée en fonction du mandat électif public concerné. De l'échelon communal à l'élection du Président de la République, la sévérité et la multiplicité des inéligibilités-sanctions devraient aller *crescendo*, à la différence de la situation actuelle de notre droit positif largement défavorable aux parlementaires.

S'agissant de la mise en œuvre juridictionnelle des inéligibilités-sanctions, l'étude a révélé que ces dernières se déployaient dans un cadre peu contraignant et selon des logiques distinctes en fonction du juge qui les prononce. L'osmose caractérisant leur rapport aux exigences constitutionnelles et leur soumission relative aux exigences du droit européen s'analysent comme les fondements du cadre commun dans lequel s'inscrivent ces sanctions d'inéligibilité : un espace particulièrement favorable tant à leur pérennité qu'à leur développement. Privant temporairement l'élu ou le candidat visé de l'exercice d'une liberté fondamentale, les inéligibilités-sanctions n'ont à supporter que des contraintes minimales tant sur le plan constitutionnel que conventionnel. De surcroît, du point de vue des offices juridictionnels menant à leur prononcé, la diversité des approches et des effets met en évidence la complémentarité des volets électoral et pénal en matière d'inéligibilités-sanctions. La mise en œuvre juridictionnelle de ces mécanismes de mise à l'écart temporaire du jeu démocratique vient donc au renfort de la moralisation de la vie politique que l'architecture duale des inéligibilités-sanctions poursuit.

Pour autant, une réflexion débouchant sur de véritables avancées juridiques mériterait d'être menée sur le point de départ des inéligibilités-sanctions déclarées par le juge électoral, de sorte à abandonner la solution actuelle attendant notamment au principe d'égalité entre les politiques ainsi sanctionnés. Quant à la peine d'inéligibilité prononcée par le juge pénal, la moralisation de la vie politique ne serait que mieux poursuivie si une durée minimale, en fonction de la gravité du manquement par exemple, était imposée dans la perspective de préserver l'effet utile de la mise à l'écart temporaire du jeu démocratique. De la même manière, sous réserve d'être entourée des possibilités de relèvement adéquates,

l'hypothèse d'une inéligibilité prononcée à titre définitif devrait être expérimentée en tant qu'elle constituerait assurément une arme de dissuasion massive en termes de moralisation. De surcroît, il pourrait être intéressant de mettre en place un dialogue entre les juridictions amenées à prononcer de telles sanctions, dans une perspective de partage de bonnes pratiques visant à garantir l'effet utile du mécanisme.

In fine, les inéligibilités-sanctions, de par leur champ d'application et leur mise en œuvre juridictionnelle, participent de manière pertinente bien que perfectible à la moralisation de la vie politique nationale et locale. En l'état du droit positif, les inéligibilités retenues à titre de sanction permettent en effet au juge, régulateur indépendant et impartial, d'assainir le jeu démocratique en insufflant une certaine vertu dans les rangs des représentants politiques nationaux et locaux. Néanmoins, il ne faut pas pour autant considérer que la multiplicité des sanctions et leur portée soient suffisantes pour combler les carences, notamment en matière de confiance, dans les relations gouvernants/gouvernés : « *la juridicisation [n'étant] pas une solution en soi* »⁶²⁹, mais un outil à mobiliser parmi d'autres. Les inéligibilités-sanctions visant les candidats et élus fautifs n'en demeurent pas moins un mécanisme particulièrement pertinent de moralisation de la vie politique. Au fond, « *en tant qu'instrument d'action sur les comportements humains, le droit ne saurait imposer la vertu, tout au plus peut-il la poser comme finalité aux comportements qu'il prescrit* »⁶³⁰. Tel est le sens profond des inéligibilités-sanctions.

⁶²⁹ B. NABLI, « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *ibid.*

⁶³⁰ X. MAGNON, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », in M. VERPEAUX et B. MATHIEU (dir.), *Transparence et vie publique, Neuvième printemps du droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 17.