



HAL
open science

Les enjeux constitutionnels de la transparence de la vie publique

Charles-Edouard Senac

► **To cite this version:**

Charles-Edouard Senac. Les enjeux constitutionnels de la transparence de la vie publique. La déontologie publique : trajectoire et présence d'une notion ambiguë, I. La transparence : principe et limites, May 2014, Paris, France. pp.197-228. hal-02897513

HAL Id: hal-02897513

<https://hal.science/hal-02897513>

Submitted on 12 Jul 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les enjeux constitutionnels de la transparence de la vie publique

in G. Tusseau (dir.), *La déontologie publique : trajectoire et présence d'une notion ambiguë*, I. *La transparence : principe et limites*, 14 mai 2014, Sciences Po Paris, Institut Francophone pour la Justice et la démocratie, coll. « Colloques & essais », 2019, p. 197-228.

Charles-Édouard Sénac

RÉSUMÉ : La réforme législative opérée à l'automne 2013 à la suite de l'affaire Cahuzac et son examen par le Conseil constitutionnel sont l'occasion de s'interroger sur la place que la Constitution accorde à la transparence de la vie publique. La présente étude entend montrer que si le constitutionnalisme libéral et la transparence des gouvernants sont liés, ce lien est largement ignoré par le droit constitutionnel français. D'abord, tant le texte de la Constitution que la jurisprudence du Conseil constitutionnel refusent de consacrer au niveau constitutionnel le principe de transparence en matière politique. Ensuite, le contrôle opéré par le juge constitutionnel sur les lois d'octobre 2013 révèle que certaines normes garanties par la Constitution, telles que le droit au respect de la vie privée et le principe de séparation des pouvoirs, sont utilisées pour limiter la portée de la réforme.

The legislative reform introduced in the fall of 2013 following the Cahuzac scandal and its review by the Constitutional Council give us an opportunity to think about the role the Constitution grants to the public life's transparency. This study aims to show that if liberal constitutionalism and Open Government are linked, this link is unknown by French constitutional law. First, both Constitution itself and its interpretation by the Constitutional Council refuse to constitutionalize the principle of transparency in politics. Furthermore, the law of October 2013's constitutional review reveals that some standards guaranteed by the Constitution, such as the right to privacy and the separation of powers, are used to limit the scope of this reform.

SOMMAIRE :

<i>I. La transparence de la vie publique ignorée par la Constitution</i>	7
A. Le silence du texte constitutionnel	7
1. L'absence de principe de transparence	7
2. L'absence de droit à l'information	9
B. La réticence du juge constitutionnel	11
1. Le refus de constitutionnaliser l'objectif de transparence	11
2. La source potentielle d'une exigence constitutionnelle de transparence	13
<i>II. La transparence de la vie publique entravée par la Constitution</i>	14
A. L'effet restrictif du droit au respect de la vie privée	15
1. La transparence freinée par une conception imprécise de la sphère privée	16
2. La transparence enrayée par un contrôle ambigu des atteintes à la vie privée	17
B. L'incidence paradoxale du principe de la séparation des pouvoirs	20
1. La limitation de la transparence au nom de l'indépendance des pouvoirs	21
2. La contribution de la transparence au renforcement des contre-pouvoirs	22

1. Le 9 décembre 2013, le Parlement espagnol a adopté une loi qui élargit et renforce le devoir d'information à la charge de nombreuses institutions. Les pouvoirs publics et les partis politiques, entre autres, sont astreints à une exigence de transparence consacrée par cette loi dénommée « *loi relative à la transparence, à l'accès à l'information publique et au bon gouvernement* ». Cet intitulé exprime une idée désormais largement partagée, en Europe et ailleurs : l'exigence de transparence et la quête du bon gouvernement sont liées¹. Le bon gouvernement, entendu comme projet politique, est un régime juste orienté vers le bien commun. Il suppose un comportement vertueux des gouvernants et s'oppose à l'arbitraire de leurs décisions. Dans la conception démocratique et libérale du pouvoir, l'idée de bon gouvernement implique de surcroît la responsabilité des puissants et, à cette fin, l'existence d'un contrôle populaire de l'exercice du pouvoir. L'effectivité de ce contrôle nécessite, *in fine*, le dévoilement de l'action des gouvernants aux yeux de tous. La transparence de la vie publique apparaît ainsi comme une condition du bon gouvernement.

En France, les travaux et débats qui ont précédé l'adoption des lois d'octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique² ont également insisté sur la nécessité de la transparence en vue de parvenir à la « République exemplaire », appelée de ses vœux par le Président François Hollande³, ou bien à la « République irréprochable » voulue par son prédécesseur⁴.

Plus largement, l'objectif de transparence des données publiques occupe, grâce au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, une place centrale dans les réflexions sur les nouvelles formes de gouvernance démocratique⁵. Le succès, à la fois rapide et diffus, des thématiques de l'*Open Government* et de l'*Open Data*, atteste l'enracinement de la conviction selon laquelle les institutions représentatives doivent dorénavant être des maisons de verre.

2. Cette prégnance de la transparence au sein des réflexions sur le renouvellement du lien politique entre gouvernés et gouvernants interpelle. Après tout, l'incarnation la plus élémentaire et tangible de la transparence politique, à savoir les parois translucides de l'urne électorale, ne remonte, en France, qu'au début des années 1990⁶. Aussi, faut-il voir dans cette

¹ Pour un éclairage comparatiste récent des liens entre transparence et bon gouvernement, v., not., G. GUGLIELMI et É. ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloque », 2014, *passim* ; M. PASQUIER (coord.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, *passim*.

² Loi organique n° 2013-906 et loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique.

³ La « République exemplaire » figurait au titre des soixante engagements formulés pendant la campagne présidentielle de 2012 par François Hollande. Le « fonctionnement exemplaire des institutions publiques » est l'un des souhaits exprimés par le Chef de l'État dans la lettre de mission adressée le 26 juillet 2012 à Lionel Jospin dans le cadre de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.

⁴ La « République irréprochable » était l'une des promesses de Nicolas Sarkozy formulées au cours de la campagne présidentielle de 2007. Cet objectif est mis en exergue dans la lettre de mission adressée le 8 septembre 2010 à Jean-Marc Sauvé dans le cadre de la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : « Il ne suffit pas que la République soit irréprochable. Il faut encore qu'elle ne puisse même être suspectée de ne pas l'être ».

⁵ Par ex., l'*Open Government Partnership* (OGP), ou Partenariat pour un Gouvernement ouvert, est une initiative internationale lancée en 2011, qui s'attache à promouvoir la transparence et l'intégrité des gouvernements, ainsi que l'utilisation des nouvelles technologies, en particulier d'Internet, pour faciliter cette ouverture. Le Partenariat regroupe aujourd'hui soixante-cinq États membres, dont la France qui a adhéré en avril 2014, après avoir mis en ligne en décembre 2011 une plateforme ouverte des données détenues par les administrations et les collectivités publiques (<https://www.data.gouv.fr/fr/>). Dans un même esprit, l'Union européenne a créé un portail « Données ouvertes » qui constitue un point d'accès unique à un éventail croissant de données produites par ses institutions et organes (<https://open-data.europa.eu/fr/data>).

⁶ C'est la loi n° 88-1262 du 30 décembre 1988 modifiant certaines dispositions du Code électoral et du Code des communes relatives aux procédures de vote et fonctionnement des conseils municipaux qui a inscrit au premier alinéa de l'article 63 du Code électoral l'obligation de transparence de l'urne électorale, entrée en vigueur le 1^{er}

exigence une thématique proprement contemporaine, une solution moderne à une problématique ancienne ? Non, l'idée de transparence des activités de l'État n'est pas neuve, même si l'usage de cette métaphore dans les discours politique et juridique paraît relativement nouveau⁷. Ainsi que le souligne Sandrine Baume, « la transparence dans la conduite des affaires publiques constitue un projet politico-juridique qui se manifeste comme une exigence bien avant les législations contemporaines et la littérature scientifique récente »⁸. L'idéologie de la transparence est apparue au cours de la seconde moitié du XVIII^e siècle en Europe, exprimée par le concept de publicité⁹ ou celui d'opinion publique. Plus précisément, c'est au cours de la période d'émergence des gouvernements représentatifs que se structure une réflexion politique et philosophique élaborée sur l'exigence de transparence¹⁰. Au niveau politique, la pensée révolutionnaire accorde une importance centrale à cet « idéal démocratique »¹¹, au point que l'on a pu déceler en elle, rétrospectivement, « l'essence même de la Révolution »¹². Dans le discours philosophique, les œuvres de Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Kant, Jeremy Bentham et Benjamin Constant constituent, chacune à leur manière, un plaidoyer en faveur de l'idée de transparence¹³. Elle est y présentée comme une garantie contre l'arbitraire, la tromperie, l'irresponsabilité et le déshonneur des gouvernants. En somme, elle doit contribuer à la moralisation du politique.

3. Ceci étant, il faut se garder de penser que la transparence serait intrinsèquement vertueuse. Son versant négatif n'a pas échappé à la doctrine juridique qui, en règle générale, insiste bien plus, voire exclusivement, sur les défauts et les dangers de la transparence que sur ses mérites¹⁴. Plus largement, en réaction à l'engouement politique et médiatique qu'elle

janvier 1991. Sur l'évolution d'une urne opaque à une urne transparente, v., not., Y. DÉLOYE, O. IHL, *L'acte de voter*, Paris, Presses de Sciences-Po, coll. « Fait politique », 2008, p. 147 et s.

⁷ On trouve, certes, quelques occurrences du mot « transparence » chez Rousseau et de *transparency* chez Bentham. Mais il semble que la métaphore se soit développée surtout dans la seconde moitié du XX^e siècle (par ex., en 1985, avec la *Glasnost* initiée par Mikhaïl Gorbatchev en Union soviétique). Sur l'essor de la métaphore de la transparence, v., not., M. BUYDENS, « La transparence : obsession et métamorphose », *Intermédialités : histoire et théorie des arts, des lettres et des techniques*, n° 3, 2004, <http://id.erudit.org/iderudit/1005468ar>, pp. 51-77, spéc. p. 64 et s.

⁸ S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origine et sens d'une exigence », *Raisons publiques*, lundi 11 juillet 2011, <http://www.raison-publique.fr/article459.html>.

⁹ Les notions de « publicité » et de « transparence » sont proches l'une de l'autre au point qu'elles sont souvent employées de façon synonymique. Pour un essai de distinction fondée sur le caractère potentiel ou réel de la diffusion d'une information, v., not., D. NAURIN, « *Transparency, Publicity, Accountability – The missing links* », *Swiss Political Science Review*, n° 12, 2006, pp. 90-98, p. 91-92.

¹⁰ S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », in M. Pasquier (coord.), *Le principe de la transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, coll. « Contributions à l'action publique », 2013, pp. 3-18, p. 4 et s.

¹¹ A. ROUX, « Transparence et démocratie », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 551-557, p. 552.

¹² M. RICHIR, « Présentation. Révolution et transparence sociale », in J. G. Fichte, *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française [1793]*, trad. J. Barni, Paris, Payot, coll. « Critique de la politique », 1974, pp. 7-74, p. 10.

¹³ Sur leurs contributions respectives, v., not., S. BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origine et sens d'une exigence », préc., *passim*. S'agissant, plus spécifiquement, de la transparence dans l'œuvre de Bentham, v., not., S. BAUME, « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », préc., p. 7 et s. ; J.-P. CLÉRO, « Bentham ou les paradoxes de la transparence », *Cités*, n° 26, 2006, pp. 101-104 ; G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *RFHIP*, n° 19, 2004, pp. 3-38.

¹⁴ Pour des prises de position très critiques, v., not., D. de BÉCHILLON, « Transparence : la double peine des familles », *Pouvoirs*, n° 147, 2013, p. 45-52 ; J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 5-15 ; G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 17-23 ; D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *La Transparence et la vertu*, Paris, Albin Michel, 2014, *passim*.

suscite, nombreux sont les auteurs qui mettent en garde contre les périls d'une transparence absolue. C'est, d'abord, la généralisation de la transparence à l'ensemble de la société qui est montrée du doigt, compte tenu de la dimension profondément liberticide que revêt cette extension. Il est, à cet égard, coutume de rappeler que la transparence totale évoque le totalitarisme où le corps social apparaît nu aux yeux du pouvoir absolu, sans aucune protection. C'est, ensuite, l'hypertrophie de la transparence de l'action publique qui est stigmatisée, au regard des situations intolérables qu'un droit de regard omnipotent peut engendrer. Le secret s'avère nécessaire, tant pour protéger l'intimité des individus exerçant les fonctions publiques et leurs familles, que pour sauvegarder certains intérêts publics fondamentaux, au chef desquels figure la sécurité nationale.

Ces discours qui, à grand renfort d'illustrations¹⁵, dénoncent les excès de la transparence, mettent l'accent sur sa dimension instrumentale. Le risque est d'oublier que la transparence n'est pas une fin en soi mais un moyen au service d'une finalité déterminée. Par exemple, le développement de la transparence administrative *via*, notamment, l'obligation de motiver certaines décisions administratives ou la reconnaissance d'un droit d'accéder aux documents administratifs, vise à l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés, voire à l'avènement d'une « véritable *démocratie administrative* »¹⁶. En matière de commande publique, le principe de transparence des procédures de passation du contrat est destiné à assurer une égalité entre les candidats à sa conclusion¹⁷. S'agissant de la transparence de la vie publique, l'objectif poursuivi est l'intégrité et la probité des gouvernants. Dans les lois françaises d'octobre 2013, c'est plus spécifiquement sous la notion de prévention des conflits d'intérêt qu'a été définie cette fin¹⁸. La transparence y est présentée, avec le renforcement du régime des incompatibilités, comme un moyen de « rénovation » de la vie publique¹⁹. L'emploi de ce terme par les pouvoirs publics n'est pas anodin. Rénover, c'est remettre en état, remettre à neuf quelque chose qui s'est détérioré. Son usage est ainsi révélateur du contexte dans lequel se développe la demande de transparence.

4. La transparence est fréquemment invoquée et, le cas échéant, renforcée après des scandales ou affaires qui ont dégradé l'image et la réputation du milieu concerné. En 1988, les deux premières lois adoptées en France relatives à la transparence financière de la vie politique le furent à la suite des affaires « Luchaire »²⁰ et « Carrefour du développement »²¹.

¹⁵ Des références tirées d'œuvres littéraires (par ex., G. ORWELL, 1984 [*Nineteen Eighty-Four*, 1949], Paris, Gallimard, 1950), savantes (par ex., l'analyse critique du Panoptique de Bentham dans M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir. Naissance de la prison* [1975], Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2006, p. 201 et s.), voire cinématographiques (par ex., F. HENCKEL VON DONNERSMARCK, *La vie des autres [Das Leben der Anderen]*, 2006), sont devenues des lieux communs des discours contre la transparence et ses excès.

¹⁶ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 9^e éd., 2014, p. 339 [souligné par les auteurs].

¹⁷ De façon topique, v. CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec.*, 2000 I-10745.

¹⁸ Dans l'exposé des motifs du projet de loi organique, s'exprime la volonté du gouvernement « d'utiliser le principe de transparence au service [de la lutte contre les conflits d'intérêts] ». Et l'article 2 de la loi ordinaire définit le conflit d'intérêt comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

¹⁹ Par ex., v. la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par Lionel Jospin qui, en 2012, a présenté au Chef de l'État des propositions en ce sens (nous soulignons).

²⁰ L'affaire « Luchaire », du nom de la société française accusée d'exportation illégale d'armes à destination de l'Iran entre 1983 et 1986 et soupçonnée de financement illégal du parti socialiste, éclate en 1987. Elle implique plusieurs personnalités politiques, dont le ministre de la Défense de l'époque, Charles Hernu. Sur cette affaire, v., not., J. GARRIGUES, *Les scandales de la République. De Panama à Clearstream*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2010, p. 389 et s.

²¹ L'affaire « Carrefour du développement », du nom d'une association créée en 1983 à l'initiative du ministre délégué à la Coopération et au développement, Christian Nucci, éclate en juin 1986 lorsque son successeur,

En 1995, la législation relative aux déclarations de patrimoine des élus et aux incompatibilités est renforcée dans un contexte marqué par de nombreux scandales politiques²². En 2013, même si les lois relatives à la transparence de la vie publique s'inspirent des travaux des commissions Sauvé et Jospin²³, la cause première de leur adoption est incontestablement la retentissante affaire Cahuzac²⁴. Cette tendance n'est pas propre à la vie politique. Ainsi, après le scandale du Médiateur²⁵, le législateur français a adopté une loi sur la sécurité sanitaire dont le titre premier est consacré à la « *transparence des liens d'intérêts* » des professionnels de santé et des décideurs publics²⁶. Le développement de la transparence se fait donc le plus souvent en réaction aux scandales et affaires qui discréditent les décideurs et responsables. Il est alors présenté comme visant à « restaurer la confiance » des citoyens dans les institutions et les personnes qui œuvrent en leur sein²⁷.

5. Toutefois, on peut se demander si l'exigence de transparence n'exprime pas, avant tout, une vigilance institutionnalisée, voire une méfiance durable à l'égard des gouvernants. À la question de savoir si le régime de publicité qu'il appelait de ses vœux pour la conduite des affaires publiques n'instaurait pas un système de méfiance, Bentham ne répondait pas autre chose : « sans doute, c'en est un, et toute bonne institution politique n'est-elle pas fondée sur cette base ? De qui faudrait-il se défier si ce n'est de ceux à qui vous donnez une grande

Michel Aurillac, diffuse un rapport de la Cour des comptes dévoilant que plusieurs millions de francs de fonds publics ont été détournés par les responsables de l'association. Sur cette affaire, v., not., J. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 397 et s.

²² Parmi les scandales ayant éclaté en 1994 figurent l'affaire « Dauphiné News », du nom d'un journal grenoblois créé à l'initiative d'Alain Carignon, qui entraîne en juillet sa démission du gouvernement avant sa mise en examen pour recel d'abus de sociaux, et l'affaire des HLM de la Ville de Paris qui provoque la démission du ministre Michel Roussin en novembre à la suite de sa mise en examen pour recel d'abus de biens sociaux. Un autre ministre, Gérard Longuet, démissionne en octobre avant d'être mis en examen dans deux affaires, l'une relative au financement occulte du Parti républicain et l'autre concernant le financement de sa villa tropézienne. Sur ces affaires, v. not., J. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 478-481, p. 486-488, p. 458-461 ; J. GEORGEL, A.-M. THOREL, *Dictionnaire des « affaires »*. *Argent et Politique*, Rennes, Éditions Apogée, 1997, p. 50-54, p. 134-146, p. 107-109 et 147-154.

²³ La Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, présidée par Jean-Marc Sauvé, a présenté ses conclusions le 26 janvier 2011. La Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin, a remis son rapport le 9 novembre 2012.

²⁴ En décembre 2012, Jérôme Cahuzac, ministre délégué chargé du Budget, est accusé par le site d'information en ligne Mediapart d'avoir possédé des fonds non déclarés sur un compte en Suisse. Il démissionne le 19 mars 2013 après qu'une information judiciaire contre X a été ouverte pour blanchiment de fraude fiscale et finit par avouer les faits le 2 avril 2013.

²⁵ Le Médiateur est un médicament, mis au point et commercialisé par les Laboratoires Servier à partir de septembre 1976, qui se compose d'une molécule, le benfluroex, laquelle peut être à l'origine de graves troubles cardiaques. En dépit de plusieurs mises en garde, l'autorisation de mise sur le marché de ce médicament ne sera suspendue que le 25 novembre 2009 par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, puis retirée le 20 juillet 2010. Un rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales dénoncera plus tard le comportement des laboratoires Servier « *qui, pendant 35 ans, sont intervenus sans relâche auprès des acteurs de la chaîne du médicament pour pouvoir poursuivre la commercialisation du Mediator* », ainsi que « *l'incompréhensible tolérance de l'Agence à l'égard du Mediator* » et « *les graves défaillances du système de pharmacovigilance* » (IGAS, 15 janvier 2011, « Enquête sur le Mediator », n° RM2011-001P).

²⁶ S'inspirant du *Physician Sunshine Act* voté en 2010 aux États-Unis, la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé oblige les professionnels de santé et décideurs publics à déclarer leurs liens d'intérêt et elle contraint à divulguer les avantages consentis par les entreprises du secteur à tous les professionnels de santé, ainsi qu'à leurs associations, fondations, sociétés, etc.

²⁷ Par ex., C. BARTOLONE, « Ouverture », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *Transparence et vie publique. Neuvième Printemps du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, pp. 1-4, p. 2.

autorité avec de grandes tentations d'en abuser ? »²⁸. De nos jours, non seulement les interventions du législateur pour renforcer la transparence de la vie publique révèlent, en creux, les failles de la situation qu'il entend corriger²⁹, mais la promotion de l'objectif de transparence et les mécanismes de dévoilement qui en découlent pérennisent une surveillance soupçonneuse. Ainsi, l'exigence de transparence participe de l'organisation d'une défiance continue qui, dans les démocraties contemporaines, « mine le présupposé d'une confiance issue des urnes »³⁰.

La défiance à l'égard du pouvoir, tel est l'objet que Benjamin Constant assignait au constitutionnalisme libéral : « une constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération »³¹. Et pour celui qui érigeait la publicité comme « l'âme du gouvernement »³² et « l'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire »³³, celle-ci figurait évidemment en bonne place parmi les éléments indispensables à une constitution libérale³⁴. Désormais, l'exigence de transparence de la vie publique, dans la mesure où elle institutionnalise la défiance à l'égard des gouvernants et permet leur contrôle, intègre elle aussi le projet du constitutionnalisme libéral. Sous cet angle, la transparence apparaît alors comme la condition, non pas tant du bon gouvernement, que du moins mauvais.

6. Si le constitutionnalisme et la transparence de la vie publique sont liés, du moins dans l'idéologie libérale qui irrigue les systèmes politiques occidentaux, il reste à déterminer si ce lien est reconnu et réceptionné par notre droit constitutionnel. Autrement dit, quelle place les normes et la jurisprudence constitutionnelles accordent-elles en France à la transparence de la vie publique, entendue comme la transparence des informations relatives à la conduite des affaires publiques ? Voici l'interrogation à laquelle nous essaierons de répondre, à la lumière des expériences étrangères et des décisions rendues par le Conseil constitutionnel français, en particulier celles ayant statué sur la constitutionnalité des lois relatives à la transparence de la vie publique.

Si ces lois adoptées en octobre 2013 ont proclamé l'importance de la transparence dans la sphère politique, tel n'est pas le cas des normes constitutionnelles. En effet, la transparence de la vie publique est encore loin de trouver dans la Constitution de la Cinquième République la place que le constitutionnalisme libéral semble lui promettre. Non seulement l'exigence de transparence est ignorée par la Constitution du 4 octobre 1958 (I) mais sa réalisation est entravée par certains principes garantis par cette Constitution (II).

²⁸ J. BENTHAM, « Chapitre III. De la publicité », in *id.*, *Tactique des assemblées législatives*, trad. É. Dumont, Genève, J. J. Paschoud, 1816, p. 32.

²⁹ X. MAGNON, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *Transparence et vie publique. Neuvième Printemps du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, pp. 15-31, p. 26 et s.

³⁰ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « Points. Essais », 2008, p. 257.

³¹ B. CONSTANT, Discours au Tribunat du 15 nivôse an VIII [5 janvier 1800], in *id.*, *Écrits et discours politiques*, présentation, notes et commentaires par O. Pozzo di Borgo, t. 1, Paris, éditions Jean-Jacques Pauvert, 1964, pp. 139-153, p. 142.

³² B. CONSTANT, Discours à la Chambre des députés du 30 mai 1828, in *Archives parlementaires*, vol. LIV, p. 404, cité par S. HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne [Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism]*, 1984], trad. O. Champeau, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 335-336.

³³ B. CONSTANT, « De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du Gouvernement [1814] », in *id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, vol. I, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, réimpression Genève, éditions Slatkine, 1982, pp. 445-175, p. 466.

³⁴ Sur l'importance de la publicité dans la réflexion constitutionnelle et politique de Constant, v., not., S. HOLMES, *op. cit.*, p. 197-202 et p. 335-340.

I. LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE IGNORÉE PAR LA CONSTITUTION

7. Dans un État de droit, la constitutionnalisation d'un droit, d'une liberté ou d'un principe signifie sa consécration ultime par la Norme suprême de l'ordre juridique. Elle symbolise l'attachement solennel des représentants de la Nation à cette valeur considérée de ce seul fait comme fondamentale et elle protège la population contre les atteintes qui pourraient lui être portées par les pouvoirs publics en général et le législateur en particulier. L'absence de constitutionnalisation est, en revanche, plus équivoque. Toutefois, s'agissant d'un principe reconnu par d'autres normes juridiques, qui plus est dans un régime constitutionnel au sein duquel les modifications de la Constitution sont possibles et fréquentes, cette absence prend des allures de délaissement.

En France, le principe de transparence n'a jamais été constitutionnellement consacré, quel que soit le domaine concerné. La Constitution de la Cinquième République est muette à son égard, à la différence de nombreux textes constitutionnels étrangers (A). Le Conseil constitutionnel n'a pas rompu le silence du Constituant. La jurisprudence constitutionnelle n'a jamais reconnu la valeur constitutionnelle de l'exigence de transparence, que ce soit sous la forme d'un principe ou d'un objectif. Les juges de la rue de Montpensier semblent, sur ce sujet, particulièrement réticents (B).

A. Le silence du texte constitutionnel

8. Bien qu'il soit désormais coutume d'évoquer l'avènement d'une « société de la transparence »³⁵, cette exigence n'a pas encore été élevée au sommet de l'ordre juridique. Le principe de transparence est absent du texte constitutionnel français (1) et il n'existe pas de droit constitutionnel à l'information qui pourrait compenser cette absence (2).

1. L'absence de principe de transparence

9. La Constitution du 4 octobre 1958, pas plus que ses devancières, n'évoque le mot de transparence. En dépit de ses modifications, la Constitution de la Cinquième République reste silencieuse, à la différence d'autres textes constitutionnels.

10. À l'étranger, l'exigence de transparence est expressément présente dans près d'une cinquantaine de Constitutions³⁶. Quelques États reconnaissent un principe général de transparence sans préciser un objet particulier, le plus souvent dans leur préambule, à l'instar de la Constitution du Swaziland de 2005, de la Constitution de la Zambie de 1991 ou de la Constitution du Zimbabwe de 2013, ou bien dans les premiers articles du texte constitutionnel, comme c'est le cas pour la Constitution de Bolivie de 2009 (art. 8) ou celle des Fidji de 2013 (Chapitre 1, paragraphe 1). Dans ces cas de figure, qui demeurent rares, la transparence est présentée comme l'une des valeurs sur lesquelles se fonde l'État ou la Nation. Elle n'est jamais seule et figure, le plus souvent, au sein d'une énumération. Ainsi, le préambule de la nouvelle Constitution zimbabwéenne affirme que la Nation est « *fondée sur les valeurs de transparence, équité, liberté, justice, honnêteté et de dignité du travail* ». Mais, dans chacune de ces Constitutions, d'autres dispositions prennent soin de préciser le domaine de la transparence, autrement dit ce sur quoi elle porte. En effet, l'affirmation d'un principe

³⁵ Par ex., A. LEPAGE, « Avant-propos », in *Le droit de savoir*, Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Paris, La documentation française, 2011, pp. 65-92, p. 70 et s.

³⁶ Les constitutions étrangères ont été consultées en langue française, lorsqu'une traduction est proposée par les pouvoirs publics, ou anglaise sur le site *Constitute* (<https://www.constituteproject.org/>).

général de transparence est toujours accompagnée d'une ou plusieurs reconnaissances catégorielles.

11. La lecture des constitutions étrangères informe sur les nombreuses matières auxquelles s'applique la consécration constitutionnelle du principe de transparence. Les quatre domaines les plus abordés par les textes constitutionnels sont tous liés, de près ou de loin, à la vie politique ou à l'action publique. L'exigence de transparence des pouvoirs publics³⁷ ou dans la conduite des affaires publiques³⁸ est l'occurrence la plus fréquente, même si sa reconnaissance est géographiquement ciblée. Hormis la Constitution de la République dominicaine de 2010, tous les textes constitutionnels la reconnaissant sont des constitutions africaines. Il s'agit d'une spécificité régionale qui n'existe pas pour les autres objets auxquels s'applique la consécration constitutionnelle de la transparence. Au sein des autres domaines les plus couramment mentionnés dans les constitutions étrangères, on retrouve également la transparence du financement ou du fonctionnement des partis politiques³⁹ et celle des élections⁴⁰, la transparence de l'action administrative⁴¹ ou des services publics⁴² et, enfin, la transparence des finances ou dépenses publiques⁴³ ou bien celle de la politique fiscale ou du système fiscal⁴⁴.

En marge de ces matières fréquemment évoquées, figure une variété d'objets présents dans un nombre plus ou moins faible de constitutions. On retrouve une consécration de la transparence appliquée, notamment, au fonctionnement de la justice⁴⁵, au fonctionnement de

³⁷ Constitutions du Burundi de 2005 (art. 18), de Gambie de 1996 (art. 214), du Kenya de 2010 (art. 10), de Madagascar de 2010 (Préambule), de la Somalie de 2012 (art. 115), du Sud Soudan de 2011 (art. 48), du Soudan de 2005 (art. 25), du Zimbabwe de 2013 (art. 3), du Malawi de 1994 (art. 12), de l'Afrique du Sud de 1996 (art. 41). *Adde*, à propos de la transparence du système politique, la Constitution de l'Ouganda de 1995 (art. 70).

³⁸ Constitutions de la Côte d'Ivoire (préambule), de la Centre Afrique de 2004 (préambule), de la République dominicaine de 2010 (art. 75), de l'Égypte de 2014 (art. 218), de l'Érythrée de 1997 (art. 7), de l'Éthiopie de 1994 (art. 12), du Sénégal de 2001 (préambule), Constitution du Swaziland de 2005 (art. 60), de la Tanzanie de 1977 (art. 132).

³⁹ Transparence du financement des partis politiques : Constitutions de l'Afghanistan de 2004 (art. 35), du Burundi de 2005 (art. 84), du Chili de 1980 (art. 18), du Bhoutan de 2008 (art. 15), de la République dominicaine de 2010 (art. 212), du Timor Oriental de 2002 (art. 65), de la Grèce de 1975 (art. 29), du Pérou de 1993 (art. 35), du Sud Soudan de 2011 (art. 25), du Soudan de 2005 (art. 40). Transparence du fonctionnement des partis politiques : Constitutions de l'Afghanistan (art. 35), de la République dominicaine de 2010 (art. 216), de la Grèce de 1975 (art. 29), du Népal de 2006 (art. 33), du Portugal de 1976 (art. 51).

⁴⁰ Constitutions du Burundi de 2005 (art. 8 et 87), du Congo de 2001 (art. 64), du Kenya de 2010 (art. 81 et 82), de la République dominicaine de 2010 (art. 211), de l'Équateur de 2008 (art. 61), du Rwanda de 2003 (art. 103), du Venezuela de 1999 (art. 293), du Sénégal de 2001 (préambule), du Maroc de 2011 (art. 11), de Taïwan de 1947 (art. 131), du Zimbabwe de 2013 (art. 156).

⁴¹ Constitutions d'Andorre de 1993 (art. 72, al. 3), de Bolivie de 2009 (art. 232), de la République dominicaine de 2010 (art. 138), de l'Équateur de 2008 (art. 227), du Venezuela de 1999 (art. 141).

⁴² Constitutions du Bhoutan de 2008 (art. 26), de la République dominicaine de 2010 (art. 147), du Kenya de 2010 (art. 232), du Maroc de 2011 (art. 154 et 155), de l'Afrique du Sud (art. 195), du Sud Soudan de 2011 (art. 139).

⁴³ Transparence des finances publiques : Constitutions de l'Autriche (art. 51, § 8), de l'Afrique du Sud (art. 215), de l'Équateur de 2008 (art. 286), de Hongrie de 2011 (art. N, 36 et 37), du Zimbabwe de 2013 (art. 298), de Somalie de 2012 (art. 124). Transparence de la dépense publique : Constitutions de la République dominicaine de 2010 (art. 238), de l'Équateur de 2008 (art. 297), de la Grèce de 1975 (art. 102), de la Hongrie de 2011 (art. 39), du Kosovo de 2008 (art. 120). *Adde*, à propos de la transparence des lois de finances : Constitution d'Angola de 2010 (art. 104, al. 4).

⁴⁴ Constitutions de Bolivie de 2009 (art. 323), de l'Équateur de 2008 (art. 300), du Kenya de 2010 (art. 226), du Kosovo de 2008 (art. 120), du Sud Soudan de 2011 (art. 169), du Soudan de 2011 (art. 185), du Venezuela de 1999 (art. 311).

⁴⁵ Constitutions de Bolivie de 2009 (art. 115 et 180), du Bhoutan de 2008 (art. 9), de l'Équateur de 2008 (art. 181), des Maldives de 2008 (art. 42), du Kenya de 2010 (art. 172), des Maldives de 2008 (art. 42), du Venezuela de 1999 (art. 26), du Zimbabwe de 2013 (art. 190).

l'armée ou des forces de sécurité⁴⁶, à l'organisation ou au système économique⁴⁷, à la gouvernance locale ou aux entités locales⁴⁸, aux documents publics⁴⁹, à la sécurité sociale⁵⁰, aux dépenses ou au fonctionnement des universités publiques⁵¹, à la gestion du territoire⁵², ou bien à l'exploitation et à la gestion des ressources naturelles⁵³.

12. Les enseignements que l'on peut tirer de l'examen de la reconnaissance constitutionnelle de l'exigence de transparence, en dépit des limites auxquelles est confronté ce type d'exercice, conduisent *prima facie* à relativiser le silence français. D'une part, cette reconnaissance est surtout présente en Amérique du Sud et en Afrique. En Europe, seules les Constitutions d'Andorre, de Grèce, de Hongrie, du Portugal et, depuis 2009, celle d'Autriche mentionnent le principe de transparence⁵⁴. D'autre part, ce sont pour la plupart des textes constitutionnels adoptés au cours des vingt dernières années qui consacrent le principe. Il n'en demeure pas moins que, dans un contexte marqué par une crise profonde de la représentation politique et une demande populaire croissante de transparence, le mutisme du Constituant français semble refléter l'apathie des gouvernants à rénover le lien politique qui les unit aux gouvernés.

2. L'absence de droit à l'information

13. Notre recherche sur la reconnaissance constitutionnelle du principe de transparence serait incomplète si elle n'envisageait cette valeur que comme un principe ou un objectif. Il faut s'intéresser au versant subjectif de la transparence, à savoir le droit à l'information, pour compléter l'analyse. Dans un système juridique où la figure de l'État de droit est devenue incontournable, la place que le texte constitutionnel accorde aux droits et libertés constitue un indicateur de son importance aux yeux de la population et de ses représentants. Le droit à l'information, entendu comme le droit de toute personne d'accéder à une information conservée par les pouvoirs publics⁵⁵, connaît-il, en droit constitutionnel français, une meilleure fortune que le principe de transparence ?

14. Il faut attendre 2005 pour que le droit à l'information soit, pour la première fois, consacré au niveau constitutionnel. L'article 7 de la Charte de l'environnement affirme que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »⁵⁶. Depuis dix ans, il existe donc une protection constitutionnelle de ce droit dans un seul domaine, dont

⁴⁶ Constitutions du Burundi de 2005 (art. 243), du Kosovo de 2008 (art. 125) et de la Somalie de 2012 (art. 127).

⁴⁷ Constitutions de Bolivie de 2009 (art. 306), de l'Égypte de 2014 (art. 27), de l'Équateur de 2008 (art. 284 et 336), du Soudan de 2005 (art. 185).

⁴⁸ Transparence de la gouvernance locale : Constitutions du Kosovo de 2008 (art. 123) et du Zimbabwe de 2013 (art. 190). Transparence du fonctionnement des entités locales : Constitution de Bolivie de 2009 (art. 270).

⁴⁹ Constitution de l'Égypte de 2014 (art. 68). L'accès aux documents publics est, le plus souvent, garanti au titre du droit à l'information (v. *infra*).

⁵⁰ Constitution de l'Équateur de 2008 (art. 34 et 368).

⁵¹ Transparence des dépenses des universités publiques : Constitution de Bolivie de 2009 (art. 93). Transparence du fonctionnement des universités : Constitution de l'Équateur de 2008 (art. 355).

⁵² Constitutions du Kenya de 2010 (art. 60) et de Madagascar de 2010 (art. 34).

⁵³ Constitutions du Niger de 2010 (art. 149) et du Sud Soudan de 2011 (art. 173).

⁵⁴ Au demeurant, le principe de transparence est reconnu par l'article 15 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose que « chaque institution, organe ou organisme assure la transparence de ses travaux et élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents ».

⁵⁵ Il ne s'agit donc pas du droit d'accès aux médias, même si les deux sont associés dans certaines constitutions.

⁵⁶ La Charte de l'environnement de 2004 a été intégrée aux normes constitutionnelles par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005.

il convient par ailleurs de ne pas exagérer la portée puisque la Charte confère à la loi le pouvoir de le mettre en œuvre. En pratique, l'application du droit constitutionnel à l'information revient surtout à veiller au respect de la compétence du législateur en ce domaine⁵⁷. Hors de la matière environnementale, le droit d'accéder à des informations publiques est reconnu, non par la Loi fondamentale, mais par la loi ordinaire⁵⁸.

15. À l'étranger, le droit d'accès aux informations publiques est constitutionnellement garanti dans près de quatre-vingt États⁵⁹. Il s'agit, dans certains cas, de Constitutions qui reconnaissent déjà le principe de transparence, par exemple la Constitution de Bolivie (art. 106) ou celle du Maroc (art. 27). Mais des textes constitutionnels ignorant le principe de transparence affirment aussi leur attachement au droit à l'information, selon des formules plus ou moins solennelles. Par exemple, la Constitution de la Roumanie de 1991 affirme, de façon catégorique, « *que le droit de la personne à avoir accès à toute information d'intérêt public ne peut pas être limité* » (art. 31). La reconnaissance de ce droit se fait parfois en des termes timides, comme pour la Constitution espagnole de 1978 qui se borne à prévoir que « *la loi réglementera ... l'accès des citoyens aux archives et aux registres administratifs sauf en ce qui concerne la sécurité et la défense de l'État, l'enquête sur des délits et l'intimité des personnes* » (art. 105). Ces deux derniers exemples sont l'occasion de souligner que l'on trouve davantage de consécration constitutionnelle du droit à l'accès aux informations

⁵⁷ Par ex., à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement, le juge constitutionnel considère « *qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions* » (Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011 *Association France Nature Environnement [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement]*, Rec., p. 508, cons. 6) et il n'a, à ce jour, censuré que des incompétences négatives du législateur, c'est-à-dire des cas où ce dernier a méconnu l'étendue de la compétence normative que lui réserve la Constitution (par ex., Cons. const., n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313, cons. 56 et 57).

⁵⁸ C'est la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal qui garantit le droit de toute personne à l'accès aux documents administratifs.

⁵⁹ Constitutions de l'Afghanistan de 2004 (art. 50), d'Afrique du Sud de 1996 (art. 32), d'Albanie de 1998 (art. 23), de l'Angola de 2010 (art. 200), de l'Argentine de 1994 (art. 38), de Belgique (art. 32), du Bhoutan de 2008 (art. 7), de Bolivie de 2009 (art. 21 et 106), du Brésil (art. 5, alinéas XIV et XXXIII), de la Bulgarie de 1991 (art. 41), du Burkina Faso de 1991 (art. 8), du Cap Vert de 1980 (art. 20 et 43), de Colombie de 1991 (art. 74), du Congo de 2001 (art. 19), du Costa Rica de 1949 (art. 30), de Croatie de 1991 (art. 38), de l'Égypte (art. 68), de l'Équateur de 2008 (art. 16), de l'Érythrée de 1997 (art. 19), de l'Espagne de 1978 (art. 105), de l'Estonie de 1992 (art. 44), de l'Éthiopie de 1994 (art. 29), des Fidji de 2013 (art. 25), de la Finlande de 1999 (section 12), du Ghana de 1992 (art. 21), de Géorgie de 1995 (art. 41), de la Grèce de 1975 (art. 5A), du Guatemala de 1985 (art. 30 et 31), de Guinée de 2010 (art. 7), de Guinée-Bissau de 1984 (art. 34), de Haïti de 1987 (art. 40), de Hongrie de 2011 (Titre « Liberté et responsabilité », art. VI), de l'Indonésie de 1945 (art. 28 F), du Kazakhstan de 1995 (art. 18), du Kenya de 2010 (art. 35), du Kirghizistan de 2010 (art. 33), du Kosovo de 2008 (art. 41), de la Macédoine de 1991 (art. 16), de Madagascar de 2010 (art. 11), du Malawi de 1994 (art. 37), du Maroc de 2011 (art. 27), du Mexique de 1917 (art. 6), de la Moldavie de 1994 (art. 34), de Mongolie de 1992 (art. 16), du Monténégro de 2007 (art. 51), du Mozambique de 2004 (art. 48), du Népal de 2006 (art. 27), du Nicaragua de 1987 (art. 66), du Niger de 2010 (art. 31), de Norvège de 1814 (art. 100), de l'Ouganda de 2005 (art. 41), du Pakistan de 1973 (art. 19A), de Panama de 1972 (art. 43), de Papouasie Nouvelle-Guinée de 1975 (art. 51), du Paraguay de 1992 (art. 28), des Pays-Bas de 1983 (art. 110), du Pérou de 1992 (art. 2), des Philippines de 1987 (art. III, section 7), de Pologne de 1997 (art. 61), du Portugal de 1976 (art. 39), de la République tchèque de 1993 (art. 17), de la République démocratique du Congo de 2005 (art. 24), de la République dominicaine de 2010 (art. 49), de Roumanie de 1991 (art. 31), de Serbie de 2005 (art. 51), des Seychelles de 1993 (art. 28), de Slovaquie de 1992 (art. 26), de Slovénie de 1991 (art. 39), de la Somalie de 2012 (art. 32), du Sud Soudan de 2011 (art. 32), de la Suède de 1974 (Loi fondamentale de 1974 sur l'instrument de Gouvernement, Chapitre I, art. 1^{er} et loi fondamentale sur la liberté de la presse, chapitre II, art. 1^{er} et 2), de la Thaïlande de 2007 (art. 56), de la Tunisie de 2014 (art. 32), du Turkménistan de 2008 (art. 28), du Venezuela de 1999 (art. 337), du Vietnam de 1992 (art. 25), et du Zimbabwe de 2013 (art. 62).

publiques dans les Constitutions européennes que pour le principe de transparence. Au total, plus d'une vingtaine d'États européens ont hissé au sommet de leur hiérarchie des normes ce droit fondamental⁶⁰.

16. Si l'inscription d'un droit ou d'une liberté dans le marbre constitutionnel n'est jamais la garantie de son respect, elle représente cependant un indicateur de la volonté des gouvernants de lui donner une dimension supérieure. À cet égard, le silence du Constituant français apparaît, au regard des droits étrangers, évocateur. Il en va de même pour le juge constitutionnel qui, à l'inverse d'autres sujets, n'est pas intervenu pour prendre le relais du Constituant et consacrer, de façon prétorienne, le principe de transparence ou le droit à l'information.

B. La réticence du juge constitutionnel

17. Le droit constitutionnel des droits et libertés est, pour paraphraser le professeur René Chapus, fondamentalement jurisprudentiel⁶¹. C'est le Conseil constitutionnel qui, depuis sa célèbre décision du 16 juillet 1971 rendue en matière de liberté d'association⁶², est à l'origine de la constitutionnalisation de la grande majorité des droits et libertés. Au fil des années, il a conféré valeur constitutionnelle à de nombreuses exigences non expressément prévues par les textes constitutionnels, telles que la liberté de l'enseignement⁶³, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁶⁴ ou bien le droit au recours juridictionnel⁶⁵. Mais les juges de la rue de Montpensier n'ont pas accordé leurs faveurs au principe de transparence (1). Ce dernier demeure, à leurs yeux, un objectif que s'assigne le législateur, malgré l'existence d'une source textuelle permettant une constitutionnalisation par la jurisprudence (2).

1. Le refus de constitutionnaliser l'objectif de transparence

18. Le Conseil constitutionnel, en dépit de sa grande liberté pour interpréter les textes constitutionnels⁶⁶, n'a jamais consacré le principe de transparence de la vie publique ou le droit à l'accès des personnes aux données publiques. Plus généralement, l'idée de transparence occupe une place marginale dans sa jurisprudence⁶⁷. Certes, en forçant un peu le trait, on peut voir dans les décisions du juge constitutionnel consacrant les objectifs de valeur

⁶⁰ Auxquels on peut ajouter l'Union européenne, étant donné que l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 15 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union reconnaissent le droit d'accès aux documents des institutions et organes européens.

⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^e éd., 2001, p. 6.

⁶² Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29.

⁶³ Cons. const., n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, *Rec.*, p. 42.

⁶⁴ Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *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*, *Rec.*, p. 100.

⁶⁵ Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *Rec.*, p. 43.

⁶⁶ Sur cette question, v., not., M. TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel » [1995], *in id.*, *La théorie du droit, le droit et l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 85-97.

⁶⁷ À la différence, entre autres, de la Cour constitutionnelle allemande. Sur sa jurisprudence, v., not., A. GAILLET, « Transparence et démocratie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *in* N. Drouin et E. Forey (dir.), *La transparence en politique*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, diffusion Paris, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Colloques et Essais », 2013, pp. 137-165.

constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁶⁸ une réception d'un principe de « transparence de la législation »⁶⁹. L'accessibilité de la loi rappelle le versant subjectif de la transparence, c'est-à-dire le droit d'obtenir une information, en l'occurrence sur le droit applicable. L'intelligibilité de la loi⁷⁰, entendue comme sa précision et son caractère non équivoque, évoque également l'une des significations que le langage courant attribue au mot de transparence, à savoir la « qualité de ce qui est facilement compréhensible »⁷¹. Toutefois, la relecture de la jurisprudence à l'aune du paradigme de la transparence ne doit pas tromper : les objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité trouvent leur fondement, avant toute chose, dans le principe de sécurité juridique qui oriente les discours sur la qualité de la loi⁷². La transparence du langage juridique ne doit donc pas être assimilée ou confondue avec la transparence des institutions, destinée à informer complètement sur leur fonctionnement et à permettre leur contrôle.

19. La transparence, telle que nous l'entendons, n'est cependant pas totalement absente de la jurisprudence constitutionnelle. Dans un domaine particulier, l'exigence de transparence a même été élevée au rang de norme constitutionnelle. À l'occasion du contrôle de la législation relative à la transparence financière et au pluralisme des entreprises de presse, la transparence financière de ces entreprises est qualifiée, implicitement puis explicitement, d'objectif de valeur constitutionnelle⁷³.

En dehors de ce domaine, le Conseil constitutionnel a systématiquement refusé de constitutionnaliser un principe ou un objectif de transparence⁷⁴. Les rares fois où elle est mobilisée, la transparence est considérée comme un objectif de portée législative, autrement dit un but que le législateur, et non le Constituant, s'est assigné. Tel est le cas lorsque le Conseil évoque, en 1993, les objectifs de « *transparence de la vie publique* » et de « *transparence économique* » poursuivis par la loi Sapin⁷⁵. Tel est encore le cas en 2012,

⁶⁸ Cons. const., n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec., p. 136.

⁶⁹ J.-L. BERGEL, « Transparence et législation », in D. Custos (dir.), *Transparency, a governance principle. La transparence, un principe de gouvernance*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. « À la croisée des droits. Droits international, comparé et européen », 2014, pp. 11-21, p. 16 et s. Adde P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel. Étude du discours sur la « qualité de la loi »*, préface d'André Roux, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 137, 2014, p. 27 et s.

⁷⁰ Initialement, la jurisprudence constitutionnelle évoquait même l'idée de clarté de la loi, qu'elle distinguait de son intelligibilité (Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49, cons. 9). Dorénavant la seconde englobe la première (Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88).

⁷¹ V° « Transparence », in *Le Trésor de la langue française informatisée*, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

⁷² En ce sens, v., not., O. Dutheillet de Lamothe, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in Conseil d'État, *Rapport public : Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57, Paris, La documentation française, 2006, pp. 369-375, p. 373 et s.

⁷³ Cons. const., n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, cons. 16 ; n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec., p. 110, cons. 7 à 18. Par ailleurs, dans un secteur voisin, le Conseil a jugé que « la motivation des décisions de nomination des présidents des conseils d'administration des sociétés nationales de programme par le Conseil supérieur de l'audiovisuel participe d'un souci de transparence qui répond à la nécessité de donner leur plein effet aux exigences constitutionnelles ci-dessus », à savoir la liberté d'expression et le pluralisme des courants d'expression socioculturels (Cons. const., 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec., p. 121, cons. 13).

⁷⁴ Par ex., de façon topique, v. Cons. const., n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, Rec., p. 40, cons. 27 (« la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle »).

⁷⁵ Cons. const., n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec., p. 14, cons. 19 et 43.

lorsqu'il se réfère à la « *transparence de la procédure de sélection des candidats à l'élection présidentielle* » que le législateur a entendu favoriser⁷⁶. Par ailleurs, ni dans la décision de 1988 rendue sur la loi organique relative à la transparence financière de la vie politique⁷⁷, ni dans les décisions de 2013 relatives aux lois sur la transparence de la vie publique⁷⁸, on ne trouve d'affirmation de la valeur constitutionnelle de la transparence en matière politique. Dans ces dernières, le renforcement des garanties de probité et d'intégrité de titulaires de certaines fonctions publiques ou de certains emplois publics et la prévention et la lutte contre les conflits d'intérêts sont présentés comme un motif d'intérêt général poursuivi par le législateur⁷⁹. Le Conseil n'érige donc pas la transparence en norme, ni même en objectif de valeur constitutionnelle. L'absence de constitutionnalisation, outre sa dimension symbolique, produit un effet juridique concret. Puisqu'il s'agit d'objectif poursuivi par le législateur et non d'une exigence constitutionnelle, le législateur peut en changer selon son gré. Dès lors, la transparence de la vie publique reste marquée par le sceau de la précarité.

2. La source potentielle d'une exigence constitutionnelle de transparence

20. Nombreuses sont les raisons qui peuvent éclairer la réticence du Conseil constitutionnel à consacrer l'exigence de transparence au niveau constitutionnel. La méfiance de ses membres à l'égard d'une valeur aux effets potentiellement liberticides et le flou conceptuel qui entoure la notion même de transparence en sont probablement les principaux motifs. En tout état de cause, ce n'est pas l'absence de source constitutionnelle qui peut expliquer l'inertie prétorienne.

21. Il est d'usage à la rue de Montpensier de ne « découvrir » un principe constitutionnel que s'il existe un énoncé juridique auquel ce principe peut être rattaché, tel qu'un article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ou un alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Dans ce domaine, le juge constitutionnel a déjà, à plusieurs reprises, donné raison à la formule de Giraudoux selon laquelle « le droit est la plus puissante école de l'imagination »⁸⁰. Parmi les illustrations de la créativité du Conseil, l'une des dernières en date est d'autant plus intéressante qu'elle a abouti à la consécration d'une exigence antinomique à la transparence et au droit à l'information. En novembre 2011, les juges de la rue de Montpensier se sont fondés sur le sixième considérant du préambule de la Charte de l'environnement, qui mentionne « *les intérêts fondamentaux de la Nation* » pour y inclure « *la préservation de l'environnement* », dans le but de conférer une valeur constitutionnelle au secret de la défense nationale⁸¹. En d'autres termes, les membres du Conseil ont utilisé une formule contenue dans l'introduction déclaratoire d'un texte relatif à la protection de l'environnement et consacrant, notamment, un droit à l'information dans le but de constitutionnaliser un secret défense interdisant l'accès à certains documents ou lieux.

Bien moins ténu est le lien qui pourrait associer l'exigence de transparence de la vie publique et, au moins, une autre disposition constitutionnelle. L'article 15 de la Déclaration

⁷⁶ Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine Le Pen [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle]*, Rec., p. 130, cons. 8.

⁷⁷ Cons. const., n° 88-242 DC, 10 mars 1988, *Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique*, Rec., p. 36.

⁷⁸ Cons. const., n° 2013-675 DC, 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, Rec., p. 956 ; n° 2013-676 DC, 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, Rec., p. 972.

⁷⁹ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 28 ; n° 2013-676 DC, 9 octobre 2013, préc., cons. 14.

⁸⁰ J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* [1935], Acte 2, scène V, in *id.*, *Théâtre complet*, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1982, p. 552.

⁸¹ Cons. const., n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]*, Rec., p. 528., cons. 20. Sur ce point, v. L. FONBAUSTIER, « Le côté obscur de la Charte de l'environnement », *Environnement*, 2012, n° 2, p. 21-23.

des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », constitue un fondement potentiel au principe de transparence, puisque cette dernière est une condition indispensable pour assurer l'effectivité de ce droit. Certes, cette disposition occupe, par rapport à l'article suivant notamment, une place marginale dans la jurisprudence constitutionnelle⁸². En outre, son application contemporaine est souvent cantonnée au domaine financier⁸³. Toutefois, rien ne condamne une interprétation plus large de cet article qui l'érigerait en socle du principe de responsabilité des pouvoirs publics. D'abord, une telle interprétation se rapprocherait probablement davantage de celle des Révolutionnaires, attachés, on l'a dit, à l'exigence de publicité du pouvoir⁸⁴. Ensuite, l'article 15 est déjà une référence relativement fréquente dans les discours sur la responsabilité des élus et, notamment, sur l'exigence de transparence des institutions⁸⁵. Dès lors, si la perspective de l'utilisation de cet article aux fins de constitutionnaliser l'exigence de transparence de la vie publique est aujourd'hui peu probable, c'est plus par manque de volonté que par défaut de cohérence.

22. L'exigence de transparence de la vie publique n'a donc toujours pas acquis ses titres de noblesse en droit constitutionnel français. Lorsqu'elle est envisagée par le juge constitutionnel, ce n'est pas en qualité de principe constitutionnel mais plutôt en tant que menace pour certains droits constitutionnellement garantis. Et c'est au nom de ces derniers que l'exigence de transparence est tempérée, voire entravée.

II. LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE ENTRAVÉE PAR LA CONSTITUTION

23. La transparence est, par nature, paradoxale. Ainsi que le soulignait le Doyen Carbonnier, « par définition, elle devrait être transparente, invisible, ne faisant que laisser passer la lumière, le regard n'ajoutant rien à ce qui existe de part et d'autre de la vitre. Pourtant, elle a une substance, comme la vitre »⁸⁶. Entre le regard et son objet, la transparence s'interpose inéluctablement. Lorsqu'elle est contrainte par le droit, la transparence devient, de surcroît, un élément de transformation, voire de déformation, du milieu auquel elle s'applique. Tel est bien l'effet qu'on lui prête en matière politique puisqu'elle doit contribuer à la moralisation de la conduite des gouvernants⁸⁷. Ceci étant, l'exigence de transparence n'est pas seule ; elle doit s'accorder avec d'autres règles juridiques.

⁸² L'article 16 de la Déclaration, qui proclame que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » est devenu une référence majeure dans la jurisprudence constitutionnelle à compter de la fin des années 1980.

⁸³ Pour un exemple récent de refus d'appliquer les exigences découlant de l'article 15 de la Déclaration aux règles d'organisation du scrutin dans les assemblées délibérantes, v. Cons. const., n° 2015-471 QPC, 29 mai 2015, *Mme Nathalie Kosciusko-Morizet [Délibérations à scrutin secret du conseil municipal]*, *JORF*, 31 mai 2015, p. 9052, cons. 8. Plus généralement, sur l'application jurisprudentielle de l'article 15, v., not., Th. S. RENOUX et M. de VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel 2014*, Paris, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2013, p. 580, p. 254-255.

⁸⁴ Sur l'adoption de l'article 15 de la Déclaration, v., not., B. JEAN-ANTOINE, *Les normes constitutionnelles financières en droit français de 1789 à nos jours*, préf. de M. Bouvier, Paris, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Bibliothèque finances publiques et fiscalité », t. 51, 2010, p. 43 et s. ; L. RICHER, « Article 15 », in G. Conac, M. Debene, G. Teboul (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, pp. 318-330.

⁸⁵ Par ex., J.-L. NADAL (préd.), *Renouer la confiance publique, Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des élus*, Paris, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, 2014, p. 55.

⁸⁶ J. CARBONNIER, « Transparence », in *id.*, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 315-323, p. 317.

⁸⁷ V. *supra*.

Les interventions successives du législateur pour renforcer la transparence de la vie publique, en particulier celles réalisées à l'automne 2013, ont conduit le juge constitutionnel à confronter ces réformes aux normes de référence de son contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois⁸⁸. Dans les lois adoptées à la suite de l'affaire Cahuzac, il existe trois mesures principales et complémentaires qui contribuent effectivement à la transparence des gouvernants : la création d'une Haute autorité pour la transparence de la vie publique, en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique⁸⁹, l'obligation faite aux principaux responsables publics d'établir une déclaration de patrimoine et une déclaration d'intérêts et d'activités et de les adresser à la Haute autorité, ainsi que la possibilité pour le public de consulter certaines de ces déclarations⁹⁰. Dans ses deux décisions rendues sur les lois d'octobre 2013, qui constituent à ce jour la première véritable rencontre entre le principe de transparence et les exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel a validé la majeure partie des mesures relatives à la transparence. Cependant, il a prononcé plusieurs censures, soit sous la forme de déclaration d'inconstitutionnalité, soit sous la forme de réserve d'interprétation, qui ont limité significativement la portée d'une réforme qui, à certains égards, apparaissait déjà timide. Deux exigences constitutionnelles ont plus particulièrement servi de fondement aux censures du juge constitutionnel⁹¹. En premier lieu, le droit au respect de la vie privée a, sans surprise, été érigé en borne à la transparence de la vie publique (A). En second lieu, de façon plus étonnante, c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui a été mobilisé par les juges de la rue de Montpensier pour neutraliser plusieurs mesures législatives. Pourtant, il semble que l'esprit libéral qui est à la source de ce principe milite plutôt en faveur de l'exigence de transparence des gouvernants (B).

A. L'effet restrictif du droit au respect de la vie privée

24. Lorsqu'il est confronté à deux exigences contradictoires, le juge constitutionnel est conduit à pratiquer, selon l'expression de Léo Hamon, un « dosage des sacrifices » qu'il entend imposer à l'une et l'autre⁹². Dans les décisions de 2013, les sacrifices tolérés pour le droit au respect de la vie privée apparaissent relativement limités. Le Conseil constitutionnel a retenu une conception imprécise des éléments protégés par ce droit fondamental (1) et a exercé un contrôle ambigu des atteintes qui lui sont portées (2).

⁸⁸ Les lois relatives à la transparence de la vie publique ont été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel après leur adoption par le Parlement et avant leur promulgation par le Chef de l'État, en application de l'article 61 de la Constitution. La loi organique a été transmise par le Premier ministre dans le cadre de la saisine obligatoire et la loi ordinaire a été déférée par 119 députés et 101 sénateurs.

⁸⁹ La Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique a remplacé à compter du 1^{er} février 2014 la Commission pour la transparence financière de la vie politique qui avait été mise en place par la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

⁹⁰ Toujours dans le registre de la transparence, la loi organique prévoit également l'obligation pour les candidats à l'élection du Président de la République d'établir une déclaration de leur situation patrimoniale et de la remettre à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (art. 9) et l'obligation de joindre au projet de loi de règlement la liste des subventions versées sur proposition du Parlement au titre de la « réserve parlementaire » (art. 11).

⁹¹ Plus généralement, sur les décisions n^{os} 2013-675 DC et 2013-676 DC du Conseil constitutionnel, v. les références doctrinales indiquées sur son site (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-675-dc/references-doctrinales.142796.html>).

⁹² L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 216.

1. La transparence freinée par une conception imprécise de la sphère privée

25. Absent des textes constitutionnels, le droit au respect de la vie privée a été dégagé progressivement par le Conseil constitutionnel⁹³. À compter de 1999, c'est l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui mentionne parmi les « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* » le principe de « *liberté* », qui lui sert de fondement dans la jurisprudence constitutionnelle⁹⁴.

Le droit constitutionnel au respect de la vie privée vise à protéger les personnes contre les ingérences publiques ou privées dans leur sphère personnelle⁹⁵. À ce titre, il comprend surtout le droit à la confidentialité des données personnelles⁹⁶. C'est au fil des décisions rendues que le Conseil constitutionnel a déterminé le contenu de la vie privée dont la Constitution garantit le droit au secret. Toutefois, la délimitation des types d'informations protégés demeure imprécise, ainsi que l'attestent les décisions d'octobre 2013.

26. L'une des principales mesures des lois sur la transparence de la vie publique consiste à obliger les membres du Gouvernement et du Parlement, entre autres responsables publics, à déposer à la nouvelle Haute autorité des déclarations de situations patrimoniales et des déclarations d'intérêts et d'activités⁹⁷. Les premières doivent faire état des biens immobiliers et de certains biens mobiliers, ainsi que des comptes bancaires et des produits financiers détenus par l'intéressé⁹⁸. Les secondes doivent contenir de nombreuses informations relatives, en principe, à la personne directement concernée. Celle-ci doit mentionner ses fonctions et mandats électifs exercés à la date de son élection ou de sa nomination, ses activités professionnelles et de consultant exercées à la date de l'élection ou de la nomination et au cours des cinq dernières années, ses fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts, ses participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de l'élection ou de la nomination ou lors des cinq dernières années, ses participations financières directes dans le capital d'une société à la date de l'élection ou de la nomination et, s'agissant d'un député ou d'un sénateur, ses activités professionnelles ou d'intérêt général, même non rémunérées, qu'il envisage de conserver durant l'exercice de son mandat. En outre, la personne intéressée doit déclarer les activités professionnelles exercées à la date de son élection ou de sa nomination par son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et, pour les députés et sénateurs, les noms de leurs collaborateurs parlementaires ainsi que les autres activités professionnelles déclarées par eux.

⁹³ Sur cette constitutionnalisation progressive, v., not., V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, pp. 7-20.

⁹⁴ Cons. const., n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec.*, p. 100, cons. 45.

⁹⁵ D. RIBES, « Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, 2015, pp. 35-46, p. 41 et s.

⁹⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 6^e éd., 2012, p. 264 et s.

⁹⁷ L'article 11 § I de la loi n° 2013-907 (préc.) énumère les autres responsables publics assujettis aux mêmes obligations déclaratives.

⁹⁸ Plus précisément, 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 » (art. 1^{er} de la loi organique n° 2013-906 préc. et art. 4 de la loi n° 2013-907 préc.).

27. Le regard porté par le Conseil constitutionnel sur lesdites déclarations a été globalement négatif. À ses yeux, « *le dépôt de déclarations d'intérêts et d'activités ainsi que de déclarations de situation patrimoniale contenant des données à caractère personnel relevant de la vie privée, ainsi que la publicité dont peuvent faire l'objet de telles déclarations, portent atteinte au respect de la vie privée* »⁹⁹. De cette formulation, on peut déduire que les intérêts et activités déclarés relèvent nécessairement de la vie privée, alors que les informations patrimoniales sont seulement susceptibles de l'être. Cette dernière affirmation n'a, en elle-même, rien d'original. Dans un même esprit, la Cour de cassation, sentinelle du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 9 du Code civil, juge que « *le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé* »¹⁰⁰. On regrettera toutefois que le Conseil constitutionnel n'ait pas indiqué la manière dont s'établissait, au sein des informations patrimoniales, la distinction entre celles relevant de la vie privée et les autres.

L'idée selon laquelle tous les intérêts et activités déclarés par les gouvernants relèvent de leur vie privée atteste une conception extensive de cette dernière. Les activités professionnelles ou de consultant, de même que la participation aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé sont-elles des informations relevant de la vie privée ? Certes, les déclarations d'intérêts et d'activités doivent préciser le montant des rémunérations, indemnités ou gratifications perçues, ce qui paraît renforcer le caractère personnel de ces informations. Mais, au sein des données personnelles, ce type de renseignement figure, à la différence des convictions politiques ou religieuses ou bien de l'état de santé, en bas de « l'échelle de sensibilité ». En outre, on peut s'interroger sur le caractère privé de ces données dont l'utilisation semble être aussi légitime pour celui qui touche les rémunérations que pour celui qui les verse. Il semble que, si droit au secret il doit y avoir, ce n'est pas en termes d'intimité des personnes, mais plutôt en termes de secret industriel et commercial ou secret des affaires que la question de constitutionnalité doit se poser¹⁰¹. Pourtant le Conseil constitutionnel a ignoré cette question, alors même que la violation de liberté d'entreprendre était invoquée devant lui à propos d'une autre disposition du texte¹⁰². Il a préféré tout examiner sous l'angle de la vie privée, contribuant ainsi au flou conceptuel entourant cette notion fondamentale.

2. La transparence enrayée par un contrôle ambigu des atteintes à la vie privée

28. Toute atteinte au respect de la vie privée n'est pas condamnée par le Conseil constitutionnel. Ce dernier exerce un contrôle de proportionnalité destiné à déterminer si le législateur opère une juste conciliation entre ce droit constitutionnel et une exigence qui

⁹⁹ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 26 ; n° 2013-676 DC, préc., cons. 3.

¹⁰⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 20 novembre 1990, n° 89-13049, *Bull. civ. I*, n° 257.

¹⁰¹ Selon les stipulations de l'article 39, alinéa 2, de l'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), pour que des renseignements soient protégés par le secret des affaires, il faut qu'ils « *a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets* ».

¹⁰² À ce jour, le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu la valeur constitutionnelle du secret des affaires mais il a déjà examiné si une obligation d'information imposée à une entreprise dans le cadre d'une procédure préalable à la fermeture d'un établissement portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre (Cons. const., n° 2014-692 DC, 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, *JO*, 1^{er} avril 2014, p. 6232, cons. 11).

s'oppose à lui. Lorsque cette exigence contradictoire est une autre norme constitutionnelle, telle que la sauvegarde de l'ordre public, le Conseil veille à ce que la conciliation opérée par le législateur ne soit pas manifestement déséquilibrée¹⁰³. Même en l'absence d'exigence constitutionnelle antithétique, il admet que des limites puissent être apportées par le législateur à l'exercice du droit au respect de la vie privée au nom de l'intérêt général.

S'inspirant d'une jurisprudence administrative récente¹⁰⁴, le juge constitutionnel a adopté en 2012 un nouveau considérant de principe relatif au droit au respect de la vie privée résumant le contrôle opéré par lui. Dans sa décision sur la loi relative à la protection de l'identité, il a énoncé « *que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* »¹⁰⁵. C'est un raisonnement identique qui est repris dans les décisions d'octobre 2013 puisque le Conseil juge que les atteintes au respect de la vie privée que constituent le dépôt et la publicité de déclarations d'intérêts et d'activités et de déclarations de situation patrimoniale « *doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* »¹⁰⁶.

29. Le contrôle de constitutionnalité des atteintes au droit à la vie privée a donc été opéré en répondant à trois questions successives. D'abord, le but poursuivi par le législateur satisfait-il l'intérêt général ? Ensuite, les mesures adoptées par lui sont-elles adéquates, en d'autres termes sont-elles appropriées ou adaptées au but recherché ? Enfin, lesdites mesures sont-elles proportionnées, autrement dit les charges qu'elles créent sont-elles mesurées par rapport au but recherché ? Le premier point n'a pas posé de difficulté ; le Conseil constitutionnel a jugé que le but poursuivi, à savoir « *l'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* », à défaut d'être une exigence constitutionnelle, était effectivement un « *motif d'intérêt général* »¹⁰⁷. Il en va de même pour la question de l'adéquation des mesures relatives à la transparence qui n'a pas été véritablement débattue dans les décisions. En revanche, trois dispositions des « lois Cahuzac » ont été censurées au motif que les mesures envisagées étaient hors de proportion avec le but recherché. Ces censures révèlent un contrôle ambigu, voire erratique, des atteintes au droit au respect de la vie privée qui aboutit à limiter l'efficacité du dispositif de mise en lumière des liens d'intérêts des gouvernants.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a considéré que l'obligation pour un responsable public de déclarer auprès de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique les activités professionnelles exercées par ses enfants et ses parents portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. En revanche, la même obligation déclarative appliquée au conjoint, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou au

¹⁰³ Par ex., Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, Rec., p. 438, cons 23.

¹⁰⁴ Applicant, notamment, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* », et les articles 1^{er} et 6-3° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, le Conseil d'État juge que « *l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités* » (CE, Ass., 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, Leb., p. 505).

¹⁰⁵ Cons. const., n° 2012-652 DC, 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, Rec., p. 158, cons. 8.

¹⁰⁶ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 6 et 26 ; n° 2013-676 DC, préc., cons. 13.

¹⁰⁷ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 28 ; n° 2013-676 DC, préc., cons. 14.

concubin a été jugée conforme à la Constitution au motif que ce dernier partage une vie commune avec le responsable public¹⁰⁸. Si on fait abstraction des difficultés potentielles relatives à l'information du déclarant¹⁰⁹, on peut se demander si le critère utilisé par le Conseil est pertinent dans le cadre d'une politique visant à renforcer la probité et l'intégrité des gouvernants. Le risque pour un décideur de public de favoriser ses enfants ou ses parents n'est certainement pas plus faible que celui de favoriser la personne qui partage sa vie. Au demeurant, l'atteinte à la vie privée des ascendants ou descendants directs du responsable public ne semblait pas excessive étant donné que ces informations, limitées à l'activité professionnelle des intéressés, auraient été destinées uniquement à la Haute autorité et n'auraient donc pas été divulguées au public, à l'instar de celles relatives au conjoint et assimilé.

En deuxième lieu, le juge constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution la possibilité pour les personnes inscrites sur les listes électorales de consulter en préfecture les déclarations de situation patrimoniale de certains titulaires de fonctions exécutives locales¹¹⁰. Ce faisant, il a établi une différence de traitement entre ces élus locaux et les élus nationaux puisque la consultation des déclarations remplies par ces derniers, ainsi que par les membres du Gouvernement, est possible. L'explication de cette censure et de la distinction qui en résulte est absente du texte de la décision mais figure dans le commentaire officiel qui accompagne les sentences du Conseil dès leur publication. Selon les services du Conseil constitutionnel, le « contexte local » renforce la portée de l'atteinte à la vie privée « car un élu local va sans doute se voir plus aisément opposer par ses administrés sa situation qu'un élu national »¹¹¹. On peine à être convaincu par cette argumentation lapidaire. D'une part, on ne voit pas sur quelle donnée ou étude se fonde cette évaluation du risque d'atteinte à la vie privée. Pourquoi le public serait-il plus intéressé par les élus locaux que nationaux ? D'autre part, le raisonnement tenu revient à dire que la constitutionnalité du dispositif est inversement proportionnelle à son efficacité : plus le système voulu par le législateur fonctionne, moins il est conforme à la Constitution.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel a interdit la consultation par le public des déclarations d'intérêts établis par certaines personnes titulaires de fonctions ou d'emplois administratifs visés par les lois relatives à la transparence de la vie publique, à savoir les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République, du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat, ainsi que les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels

¹⁰⁸ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 29. n° 2013-676 DC, préc., cons. 15.

¹⁰⁹ Une obligation déclarative similaire à celle qui a été censurée par le Conseil constitutionnel existe depuis 2012 pour les déclarations d'intérêts des experts sanitaires mais ces derniers ne sont tenus de déclarer les activités exercées par leur parents ou enfants que si elles leur sont connues (art. R. 1451-2 du Code de la santé publique).

¹¹⁰ Plus précisément, il s'agit des titulaires d'une fonction de président de conseil régional, de président de l'Assemblée de Corse, de président du conseil exécutif de Corse, de président de l'assemblée de Guyane, de président de l'assemblée de Martinique, de président du conseil exécutif de Martinique, de président d'une assemblée territoriale d'outre-mer, de président de conseil général, de président du conseil de la métropole de Lyon, de président élu d'un exécutif d'une collectivité d'outre-mer, de maire d'une commune de plus de 20000 habitants ou de président élu d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population excède 20000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ainsi que les présidents des autres établissements publics de coopération intercommunale dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros. Au total, cela représente environ mille personnes.

¹¹¹ SERVICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Commentaire sous décisions n° 2013-675 DC et 2013-676 DC du 9 octobre 2013, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013675DCccc_675_676dc.pdf, 46 pp., p. 17.

elle a été nommée en conseil des ministres. Les juges de la rue de Montpensier ont considéré « que, pour des personnes exerçant des responsabilités de nature administrative et n'étant pas élues par les citoyens, l'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 est directement assuré par le contrôle des déclarations d'intérêts par la Haute autorité et par l'autorité administrative compétente ; qu'en revanche, la publicité de ces déclarations d'intérêts, qui sont relatives à des personnes qui n'exercent pas de fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative, est sans lien direct avec l'objectif poursuivi et porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de ces personnes »¹¹². Implicitement, le juge constitutionnel se fonde donc sur le lien entre transparence et responsabilité politique, au sens large du terme, pour justifier une différence de traitement entre les élus et ministres, d'une part, et les personnes titulaires d'emplois ou de fonctions publiques non électives, d'autre part. Ceci étant, on pourrait considérer que le droit du public à l'information est d'autant plus nécessaire pour les décideurs qui travaillent dans l'ombre et qui ne sont soumis à aucune forme de responsabilité devant les citoyens.

30. Il est difficile de tracer une ligne entre ce qui doit pouvoir être divulgué au public, au nom du droit à l'information ou de la liberté d'expression, et ce qui doit pouvoir rester dissimulé. D'abord, la délimitation de ce qui relève de la sphère personnelle intime est un exercice périlleux, surtout lorsqu'il concerne des personnes occupant des fonctions politiques de premier plan. Depuis quelques années, l'exercice est devenu plus délicat encore car les principaux intéressés contribuent eux-mêmes à rendre floues les frontières entre la sphère publique et la sphère privée, en exposant volontairement leur vie privée dans les médias ou en communiquant directement avec la population *via* les réseaux sociaux, donnant l'illusion d'une proximité. Ensuite, dans la mesure où la finalité de la transparence de la vie publique consiste, notamment, à vérifier qu'un élu n'a pas utilisé à des fins personnelles les ressources dont il dispose en tant que responsable public, elle conduit nécessairement à gommer cette ligne. Conscient de ces difficultés, le législateur a fait de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique une instance de médiation entre la population et les gouvernants, permettant ainsi d'atténuer l'immixtion dans la vie privée. Mais le Conseil constitutionnel a réduit les prérogatives de la Haute autorité au nom d'une autre exigence constitutionnelle, issue de la pensée de Montesquieu et gravée dans le marbre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme.

B. L'incidence paradoxale du principe de la séparation des pouvoirs

31. La doctrine de la séparation des pouvoirs est avant tout une idée destinée à garantir la liberté et à prémunir contre le despotisme. La traduction normative de cette idée, autrement dit son passage du monde de la philosophique politique à l'univers juridique n'a jamais été évidente. Les applications de la séparation des pouvoirs sont plurielles et paraissent même parfois contradictoires¹¹³. Ainsi, les décisions du Conseil constitutionnel sur les lois relatives à la transparence de la vie publique sont l'illustration d'une lecture du principe de séparation des pouvoirs qui met l'accent sur leur indépendance et leur spécialisation. Alors que cette conception est utilisée pour amoindrir la portée concrète de l'exigence de

¹¹² Cons. const., n° 2013-676 DC, préc., cons. 22.

¹¹³ Sur les interprétations de la séparation des pouvoirs, v., not., M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, coll. « Traités », 2012, pp. 705-732 ; M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, coll. « Quadrige », pp. 1406-1411.

transparence, en neutralisant le pouvoir d'injonction de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (1), une autre acception du principe paraît plus favorable à l'objectif de transparence des liens d'intérêts des gouvernants. Selon cette conception mettant en exergue la nécessité de développer des contre-pouvoirs, la transparence de la vie publique n'est plus l'ennemi de la séparation des pouvoirs, elle en est au contraire un précieux allié (2).

1. La limitation de la transparence au nom de l'indépendance des pouvoirs

32. La transparence de la vie publique est-elle une menace pour la séparation des pouvoirs lorsqu'est confiée à une autorité administrative la tâche de surveiller les gouvernants en général et les parlementaires en particulier ? Dans les décisions d'octobre 2013, le Conseil constitutionnel a apporté une réponse en demi-teinte à cette interrogation, au point qu'on a pu y déceler une « validation trompeuse » des lois adoptées à la suite de l'affaire Cahuzac¹¹⁴.

Dans un premier temps, les juges de la rue de Montpensier ont affirmé que le principe de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante « *soit chargée de contrôler la variation de la situation patrimoniale des députés et des sénateurs et puisse, à cette fin, être investie du pouvoir de leur adresser des injonctions afin qu'ils complètent leur déclaration ou apportent les explications nécessaires et, le cas échéant, de saisir le parquet des manquements constatés ; que ce principe ne fait pas davantage obstacle à ce que cette autorité puisse rendre publique son appréciation sur la variation de la situation patrimoniale d'un député ou d'un sénateur ou puisse saisir le parquet* »¹¹⁵. Le principe n'est donc pas, en tant que tel, incompatible avec l'exigence de transparence de la vie publique.

Toutefois, dans un second temps, le principe de la séparation des pouvoirs a servi à justifier une limitation des prérogatives de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique et, ainsi, à freiner l'exigence de transparence¹¹⁶. En effet, après son passage rue de Montpensier, le pouvoir d'injonction de la Haute autorité à l'égard des parlementaires a été réduit à peau de chagrin par l'énoncé de plusieurs réserves d'interprétation. Elle ne peut adresser qu'un seul type d'ordre aux députés et sénateurs, celui de compléter la déclaration ou d'apporter des explications nécessaires à sa compréhension. En revanche, le Conseil constitutionnel lui a interdit « *d'adresser à un député ou un sénateur une injonction dont la méconnaissance est pénalement réprimée, relative à ses intérêts ou ses activités ou portant sur la déclaration qui s'y rapporte* »¹¹⁷. En d'autres termes, le Conseil a estimé que le principe de séparation des pouvoirs fait obstacle à ce qu'une autorité administrative qui, même si elle est indépendante, demeure rattachée à la branche exécutive, puisse formuler à l'égard d'un parlementaire une injonction en lien, même indirect, avec l'exercice de son mandat. Ce faisant, il a retenu une acception large de l'autonomie parlementaire puisque celle-ci ne se limite pas à l'exercice du mandat de député ou de sénateur mais concerne toutes les activités de l'élu. Dans un même esprit, il a interdit à la Haute autorité d'adresser à un collaborateur du Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat « *une injonction de mettre*

¹¹⁴ R. GHEVONTIAN, Chronique sous décisions n° 2013-675 et 676 DC du 9 octobre 2013, *Lois relatives à la transparence de la vie publique*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 99, 2014, pp. 665-671, p. 665 et 671.

¹¹⁵ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 38.

¹¹⁶ Le pouvoir d'injonction de la Haute autorité à l'égard des élus locaux, des membres du Gouvernement et des fonctionnaires nommés en conseil des ministres a également été restreint au nom des exigences constitutionnelles relatives à la désignation de ces titulaires de fonctions ou d'emplois publics. À leurs égards, elle ne saurait « *adresser et donc rendre publique une injonction tendant à ce qu'il soit mis fin à une situation de conflit d'intérêts que si la personne destinataire de cette injonction est en mesure de mettre fin à une telle situation sans démissionner de son mandat ou de ses fonctions* » (Cons. const., n° 2013-676 DC, préc., cons. 62).

¹¹⁷ Cons. const., n° 2013-675 DC, préc., cons. 39.

fin à une situation de conflit d'intérêts »¹¹⁸. Une fois encore, le juge constitutionnel a fait preuve d'une conception extensive d'un principe constitutionnel au détriment de l'exigence de transparence puisqu'il élargit le bénéfice de la séparation des pouvoirs aux collaborateurs des organes législatifs.

33. Plus généralement, ces deux censures venant affaiblir l'arsenal normatif de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique illustrent la conception particulière que le Conseil constitutionnel se fait du principe de la séparation des pouvoirs. Le juge de la rue de Montpensier procède à une lecture « radicale » de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme qui le conduit à insister sur l'indépendance entre les organes constitutionnels et la spécialisation de leur compétence¹¹⁹. C'est la raison pour laquelle il a jugé dans le passé que le Parlement ne peut pas décider du montant du traitement du Président de la République ou de celui des membres du Gouvernement¹²⁰ ou bien qu'un organe d'une assemblée parlementaire chargé de l'évaluation des politiques publiques ne peut pas adresser une injonction au Gouvernement¹²¹. Cette lecture, vestige d'une interprétation « rigide » de la doctrine de Montesquieu chère aux auteurs classiques, est contestée car elle méconnaît un aspect fondamental de ses enseignements et, plus généralement, du constitutionnalisme libéral¹²². Pour garantir la liberté et éviter le despotisme d'un organe, il importe non seulement qu'un même organe n'exerce pas seul plusieurs fonctions de l'État, mais également d'instaurer un système de freins et contrepoids, de manière à ce que « le pouvoir arrête le pouvoir »¹²³.

2. La contribution de la transparence au renforcement des contre-pouvoirs

34. La séparation des pouvoirs n'est pas seulement – certains diraient pas du tout – une question d'indépendance et de spécialisation entre les organes exécutifs, législatifs et juridictionnels¹²⁴. C'est aussi la recherche d'un équilibre ou d'une balance des pouvoirs par la mise en place, notamment, de contre-pouvoirs. Ces derniers, héritiers du mécanisme des *checks and balances* esquissé par Madison à la fin du XVIII^e siècle¹²⁵, doivent permettre une mise en concurrence des pouvoirs et une modération réciproque. Dès lors, selon cette perspective, toute initiative favorisant le contrôle des gouvernants par d'autres instances paraît en harmonie avec l'idée de séparation des pouvoirs.

¹¹⁸ Cons. const., n° 2013-676 DC, préc., cons. 45.

¹¹⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « Commentaire sous Cons. const., n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de télévision* », in M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, pp. 115-123, p. 121 et 122.

¹²⁰ Cons. const., n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*, *Rec.*, p. 461, cons. 79 à 83.

¹²¹ Cons. const., n° 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, *Rec.*, p. 120, cons. 61 et 62.

¹²² Pour une approche très critique de la conception du Conseil constitutionnel, à partir d'une analyse de la décision n° 2012-654 DC préc., v., not., O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, <http://juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-et-le.html>.

¹²³ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* [1748], Livre XI, Chapitre IV, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 1995, p. 326.

¹²⁴ Ch. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs [1933] », in *id.*, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par C. Leben, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2002, pp. 565-582 ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1973, *passim*.

¹²⁵ J. MADISON, « Le Fédéraliste 51 – 6 février 1788 », in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Le Fédéraliste [The Federalist Papers]*, introduction, traductions et notes d'A. Amiel, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », n° 3, 2012, pp. 403-409.

35. Bien qu'il soit trop tôt pour mesurer la portée de la réforme opérée par les lois d'octobre 2013, il semble que la législation sur la transparence des liens d'intérêts des décideurs publics contribue au renforcement des contre-pouvoirs en France. D'abord, elle institue une autorité administrative indépendante chargée de contrôler les déclarations de patrimoine et d'activités établies et transmises par les principaux responsables publics. Certes, les prérogatives de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique apparaissent relativement limitées, surtout depuis que le Conseil constitutionnel lui a « sévèrement rogné les ailes »¹²⁶. Mais les règles de composition de l'instance garantissent l'indépendance de ses membres vis-à-vis des institutions politiques, ce qui représente un progrès par rapport à d'autres expériences étrangères¹²⁷. Elle est, en effet, principalement composée de magistrats et le mandat de ses membres est non renouvelable¹²⁸. Ceci étant, c'est au regard de la pratique que se vérifiera, pour l'avenir, tant sa volonté que sa capacité à assumer une fonction de contre-pouvoir.

36. Outre la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante, les lois d'octobre 2013 renforcent le rôle de deux contre-pouvoirs traditionnels dont l'intervention se situe en aval et en amont de l'action de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

En aval, le contre-pouvoir qui voit son importance accentuée est le juge pénal¹²⁹. Bénéficiant d'un statut protecteur et de pouvoirs étendus en matière d'enquête et de sanction, il apparaissait, avant même les lois de 2013, comme un puissant instrument pour réprimer les manquements à la probité publique. En France, depuis la fin des années 80, c'est plus précisément le juge d'instruction qui incarne la lutte de la justice contre les affaires de corruption et d'enrichissement personnel impliquant la classe politique¹³⁰. Les lois relatives à la transparence de la vie publique, en amplifiant le dispositif de surveillance des responsables publics, vont vraisemblablement faciliter le travail des magistrats.

En amont, ce sont les médias qui voient leur rôle de contre-pouvoir renforcé. D'abord, les lois de 2013 accordent une protection au bénéfice des « lanceurs d'alerte » qui sont une source privilégiée d'information des journalistes. L'article 25 de la loi ordinaire prévoit la protection contre des sanctions ou des discriminations professionnelles contre une personne ayant « *relaté ou témoigné de bonne foi, à son employeur, à l'autorité chargée de la*

¹²⁶ P. CASSIA, *Conflits d'intérêts. Les liaisons dangereuses de la République*, Paris, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2014, p. 118.

¹²⁷ Ainsi, en Allemagne, c'est le Président du Bundestag qui est le destinataire des déclarations des députés et peut prononcer à leur encontre des amendes. Aux États-Unis, la composition bipartite et paritaire de la *Federal Election Commission*, chargée de veiller à la transparence du financement des campagnes électorales, est souvent dénoncée comme un frein à son pouvoir.

¹²⁸ La Haute autorité comprend, au minimum, six juges en activité ou honoraires désignés par leur juridiction d'origine, à savoir deux conseillers d'État élus par l'assemblée générale du Conseil d'État, deux conseillers à la Cour de cassation élus par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour et deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes élus par la chambre du conseil. Les neuf membres de la Haute autorité sont nommés pour un mandat de six ans non renouvelable et sont soumis à un strict régime d'incompatibilité (art. 19 § II, III et IV de la loi n° 2013-907 préc.).

¹²⁹ La Haute autorité avertit le procureur de la République lorsqu'elle constate un manquement aux obligations déclaratives prévues par les « lois Cahuzac ». À ce jour, elle a saisi la justice pénale au sujet d'une ministre (Yamina Benhguigui) six députés (Patrick Balkany, Bernard Brochand, Lucien Degauchy, Josette Pons, Thierry Robert, Dominique Tian), trois sénateurs (Serge Dassault, Aymeri de Montesquiou, Bruno Sido) et d'une élue locale (Isabelle Balkany). Pour plus de détails, v. <http://www.hatvp.fr/actualites/>.

¹³⁰ N. DROUIN, « Transparence et pouvoirs du juge d'instruction dans les affaires politico-financières », in N. Drouin et E. Forey (dir.), *La transparence en politique*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, diffusion Paris, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Colloques et Essais », 2013, pp. 257-271, p. 257-258 ; J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND et alii, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 4^{ème} éd., 2010, p. 1168 et s.

déontologie au sein de l'organisme, à une association de lutte contre la corruption [...], ou aux autorités judiciaires ou administratives, de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts [...] dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Tout acte en violation de cet article est nul de plein droit et en cas de litige, la charge de la preuve est inversée et n'incombe pas au lanceur d'alerte¹³¹. Ensuite, les « lois Cahuzac » conduisent à mettre à la disposition des journalistes de nombreuses informations contenues dans les déclarations d'intérêts et d'activités et celles de situation patrimoniale qu'ils pourront comparer avec leurs propres investigations¹³². Les médias vont ainsi contribuer à renforcer l'effectivité, et donc l'utilité, du dispositif déclaratif mis en œuvre par lois de 2013. À cet égard, il y a fort à parier que ce seront toujours eux qui, dans la grande majorité des cas, révéleront en premier les mensonges des gouvernants¹³³. Davantage que la Haute autorité, les médias joueront alors leur rôle de contre-pouvoir en alertant la population et en attirant des gouvernants dans le tribunal de l'opinion publique, cher au projet constitutionnel de Bentham¹³⁴.

¹³¹ Ce dispositif reste en deçà de la protection reconnue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Guja c. Moldova* du 12 février 2008 (n° 14277/04). En ce sens, v., not., P. CASSIA, *op. cit.*, p. 59-61.

¹³² Les déclarations sont rendues publiques dans un délai de trois mois suivant leur réception par la Haute autorité (art. 5 de la loi n° 2013-907, préc.).

¹³³ Ainsi, ce sont les hebdomadaires *Marianne* et *Le Canard Enchaîné* qui ont dévoilé le 13 mars 2014 que Yamina Benguigui, alors ministre déléguée chargée de la francophonie, avait omis de déclarer un portefeuille d'actions de 430 000 euros sur sa déclaration de patrimoine transmise à la Haute autorité. Cette dernière a saisi le procureur de la République de Paris le 31 mars 2014 (<http://www.hatvp.fr/communiquede-presse-31mars-2014/>).

¹³⁴ J. BENTHAM, *Constitutional Code*, vol. I, [1830], edited by F. Rosen et J. H. Burns, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 35 et s.