

Morale et politique : quelles places pour le droit ?

Xavier Magnon

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

Et s'il était vain, voire dangereux, de penser que le droit puisse être un instrument à même de garantir la morale en politique ? Et si le droit rencontrait des limites dans sa volonté toujours accrue de défendre la morale en politique ? Les questions semblent d'autant plus bienvenues qu'elles paraissent avoir été absentes de la plupart des réflexions politiques menées sur la moralisation de la vie politique, du moins si l'on s'en tient aux traces écrites qui les révèlent. L'on s'est plus interrogé sur les moyens d'utiliser le droit pour renforcer la morale en politique, que sur le principe même de l'usage de cet instrument pour poursuivre cet objectif. Il s'est plus agi de multiplier les techniques susceptibles de préserver la morale que de s'interroger sur les limites de l'intervention du droit sur cette question. Dans un contexte de défiance vis-à-vis du politique, la surenchère moralisatrice l'a emporté sur l'économie et la rationalisation de l'usage du droit. L'intitulé de l'intervention qui nous a été confiée, « morale et politique », impose de s'interroger sur la pertinence de l'instrument juridique au service de la moralisation de la politique : « quelles places pour le droit ? ». De dimensions premières philosophique et politique, le sujet sera appréhendé dans son prolongement juridique.

L'orientation générale du propos explicitée, son intitulé mérite quelques précisions d'ordre terminologique pour faire sens.

Le terme de « morale », tout d'abord, sera entendu comme une fin, et comme à une fin de portée absolue, tendant vers la vertu, non pas comme une fin à portée relative, qui consisterait à attendre un comportement conforme à la morale en général ou à une morale particulière. Exiger la morale en politique, c'est alors exiger des comportements vertueux de ceux qui l'exercent. Pour en établir un sens acceptable, sera retenue, à dessein pour un tel sujet, la proposition d'Aristote selon laquelle « ce qui distingue sans doute le plus le vertueux, c'est de voir la vérité en toutes choses, comme s'il en était la règle et la mesure »¹. Constituera un comportement vertueux celui qui consistera à agir au nom et avec la mesure qu'exige la vérité. La vertu apparaît d'ailleurs comme une qualité nécessaire au bon fonctionnement de la vie de la cité, consubstantielle à la démocratie. Pour Aristote, le caractère vertueux de la citée est décisif et il repose sur la vertu de chacun de ses membres : « une citée est vertueuse par le fait que les citoyens participants à la vie politique sont vertueux (...) la vertu de tous, en effet, est la conséquence de celle de chacun »². Montesquieu lie de manière indissoluble vertu et démocratie : « Il ne faut pas beaucoup de probité, pour qu'un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent.

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, III, 2.6.2, Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, pp. 92-93.

² Aristote, *Les politiques*, Livre VII-13, Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, p. 410.

La force des lois dans l'un, le bras du prince toujours levé dans l'autre, règlent ou contiennent tout. Mais dans un Etat populaire, il faut un ressort de plus, qui est la vertu »³.

Le terme de « politique » ensuite peut s'entendre *du* politique, c'est-à-dire du personnel qui exerce des fonctions politiques, et plus largement *de la* politique, en tant que manière ou art de gouverner. Les deux sens peuvent être retenus et désignent celui qui doit agir selon la morale telle qu'elle a été entendue ou la manière de gouverner conforme à la morale.

Concernant enfin le terme de « droit », il s'agit moins ici d'en proposer une définition que de l'envisager comme un instrument de régulation des comportements sociaux permettant de parvenir à l'objectif poursuivi. Ainsi, le sujet peut-il être reformulé de la manière suivante : dans son principe et dans son étendue, quelles places le droit peut-il avoir pour moraliser le ou la politique ?

La question ainsi posée, l'on serait tenté de répondre de manière immédiate par la négative. Le droit ne saurait défendre qu'une morale relative, celle que celui qui l'adopte entend défendre. Toute tentative qu'il aurait à imposer une morale absolue demeurerait vaine. Il n'est tout simplement pas possible de figer la vertu dans un texte. Celle-ci est toujours appréciée de manière relative. La vertu s'apprécie en fonction du contexte dans lequel la question de la recherche de la vérité se pose. Le comportement vertueux repose sur la réflexion et non sur des définitions.

Emmanuel Kant, qui soulève la question du rapport entre la morale et la politique, soutient en ce sens que « la proposition (...) *l'honnêteté est meilleur que toute politique* est au-dessus de toute objection, voire est la condition inévitable de la politique. Le dieu-limite de la morale ne cède pas devant Jupiter (le dieu-limite du pouvoir) ; car Jupiter est lui-même soumis au destin : en effet la raison n'est pas suffisamment éclairée pour embrasser du regard la série des causes prédéterminantes qui permettent de pronostiquer avec assurance, d'après le mécanisme de la nature, le résultat heureux ou malheureux des faits et gestes des hommes (bien qu'elle permette de l'espérer conforme à ses vœux). Mais ce qu'on a à faire pour rester sur la voie du devoir (et suivre les règles de la sagesse), la raison nous l'indique en tout lieu et d'une manière suffisamment lumineuse pour nous mener ainsi jusqu'à la fin ultime »⁴. Aucun législateur ne pourrait prescrire la manière de percevoir la vérité en toute chose, tout au plus peut-il le poser en finalité générale à poursuivre, sans jamais garantir qu'il puisse en être ainsi. De manière ontologique, en tant qu'instrument d'action sur les comportements humains, le droit ne saurait imposer la vertu, tout au plus peut-il le poser comme finalité aux comportements qu'il prescrit. La vertu est affaire de conscience. La conscience est insaisissable par le droit, seuls les comportements le sont. A cet égard, il faut s'interroger : quelle portée normative reconnaître à un énoncé législatif qui disposerait que « les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, I, III (Du principe de la démocratie), Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, p. 82.

⁴ E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, Appendice I, GF, Flammarion, 2006, p. 111.

ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité »⁵ ?

La vertu renverrait alors, non pas à une question de droit, mais à une question d'éducation. Ce n'est que par l'éducation qu'il est possible de parvenir à un comportement vertueux et nous retrouvons là toute la problématique du philosophe roi. Pour Aristote, « on devient bon et vertueux par trois moyens qui sont nature, habitude, raison » ; la nature renvoie à la nature humaine, seul l'homme étant doté de raison, « le reste est affaire d'éducation, car on apprend, d'une part, par l'habitude, d'autre part, par l'enseignement »⁶. La lecture de Platon est plus forte encore : « A moins que, dis-je, les philosophes n'arrivent à régner dans les cités, ou à moins que ceux qui à présent sont appelés rois et dynastes ne philosophent de manière authentique et satisfaisante et que viennent à coïncider l'un avec l'autre pouvoir politique et philosophie ; à moins que les naturels nombreux de ceux qui à présent se tournent séparément l'un et vers l'autre n'en soient empêchés de force, il n'y aura pas (...) de terme aux maux des cités ni, il me semble, à ceux du genre humain »⁷.

La question n'aurait donc pas lieu d'être. Le droit ne saurait prescrire la vertu en tant qu'absolu, pour l'homme en général, comme pour le politique en particulier. S'il intervient, ce qu'il ne manque pas en l'occurrence de faire, ce n'est que de manière indirecte, pour défendre la vertu en tant que valeur relative dans la conduite des comportements. Il ne peut imposer la vertu en général dans la conscience de chacun, il ne peut que prescrire des comportements relatifs ayant vocation à être vertueux. Dans le domaine politique, le droit use de quatre techniques générales pour prescrire de manière indirecte le comportement vertueux.

De manière classique, l'instrument de la sanction permet de réprimer le comportement non vertueux ou, plus exactement, car l'absolu n'est pas de mise, le comportement non considéré comme vertueux par celui qui édicte la sanction. La sanction de certains comportements répréhensibles est un moyen négatif, le plus ancien sans doute, d'imposer une certaine manière positive d'agir.

De manière tout aussi classique, mais selon des ressorts différents, le comportement vertueux peut être recherché en veillant à éviter qu'une personne puisse se trouver dans une situation dans laquelle elle pourrait avoir un comportement non vertueux. Une situation dans laquelle un comportement non vertueux pourrait se produire n'advient pas car le droit empêche qu'elle puisse exister. L'on pourrait ainsi interdire, au sein d'une même institution qui conseille et qui juge le gouvernement, que l'un de ses membres qui siège dans la formation de conseil du

⁵ Article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*.

⁶ Aristote, *Les politiques*, Livre VII-13, Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, pp. 410-411.

⁷ Platon, *La République*, livre V, Flammarion, Le Monde de la philosophie, 2008, p. 332,

gouvernement puisse ensuite intervenir, dans la même affaire, dans la formation de jugement des actes adoptés par ce même gouvernement. Il s'agit d'empêcher que celui qui a contribué, par exemple, à la rédaction d'un texte ne se retrouve ensuite à juger de sa régularité. Le comportement non vertueux ne peut avoir lieu car la situation problématique ne peut exister. Les incompatibilités s'inscrivent dans cette perspective. Le comportement non vertueux n'est pas possible car la situation dans laquelle ce comportement pourrait se produire ne peut arriver.

S'est ajouté un troisième moyen, plus moderne et plus subtil, celui de la transparence. Deux célèbres aphorismes résument la portée que l'on accorde en général à la transparence : celle du juge Louis Brandeis à la cour suprême américaine, « *transparency is said to be the best of disinfectants* »⁸, et celle de Jeremy Bentham, « *the more strictly we are watched, the better we behave* »⁹. Cette valeur de transparence s'inscrit dans une société dans laquelle on assiste à « une montée en puissance du *peuple-juge* » et à une « *surveillance du pouvoir par la société* »¹⁰.

La transparence est à mettre en lien avec la responsabilité des élus dans la mesure où celle-ci se décline à la fois, selon l'analyse d'Andreas Schedler, en un droit de regard sur l'activité exercée et les obligations qui y sont liées, *answerability*, et dans la possibilité de sanctionner le non respect de ces obligations, *enforcement*¹¹. La responsabilité tend ainsi à lier « la capacité de savoir ce qu'un acteur fait et la capacité d'imposer à cet acteur de faire autre chose »¹². La transparence se rattache à l'*answerability* et à la capacité de savoir ce qu'un acteur fait. Le cœur des obligations liées à la transparence peut être rattaché à l'honnêteté, l'accessibilité et l'intelligibilité de l'information¹³. Ainsi entendue, la transparence assure alors deux fonctions : faciliter la prise de décision et permettre aux tiers d'observer ce qu'une organisation transparente fait¹⁴. La transparence est une question d'information disponible, information qui présente certaines qualités, et qui permet de décider et de voir comment une institution fonctionne.

Dans le domaine politique en particulier, la soumission au regard des autres permet de garantir un comportement vertueux. Plus précisément, la transparence consiste à rendre publiques certaines informations susceptibles de révéler de manière indirecte un comportement non vertueux. Le seul fait de se soumettre au regard des autres impose ainsi une auto-limitation du comportement de ceux qui sont visés par la mesure. Le droit renvoie de manière directe à la vertu de chacun, et

⁸ L. Brandeis, « *What publicity can do* », *Harper's Weekly*, December 20, 1913, 10.

⁹ J. Bentham, « *Farming defended* », *Writings on the poor law*, vol. 1, ed. Michael Quinn, Oxford University Press, 2001, p. 277, cité par A. Etzioni, « *Is transparency the best disinfectant ?* », *Journal of Political Philosophy*, 18 (4), 2010, p. 393.

¹⁰ P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2006, resp. p. 22 et p. 38.

¹¹ A. Schedler, « *Conceptualizing accountability* », in *The self-restraining State : power and accountability in new democracies*, A. Schedler, L. Diamond and M. Plattner, eds, Lynne Rienner, London, 1999, p. 15.

¹² T. N. Hale, « *Transparency, accountability and global governance* », *Global Governance* 14 (2008), p. 74.

¹³ A. Buijze, « *The six faces of transparency* », *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 3 (july), 2013, p. 4.

¹⁴ *Loc. cit.*, p. 9.

plus exactement à ce que chacun estime comme devant être un comportement vertueux aux yeux des autres, pour autoréguler les comportements. La transparence en appelle ainsi également à la conscience individuelle. Elle ne saurait se parer d'une objectivité absolue. Si cette soumission au regard des autres est insuffisante pour garantir un comportement vertueux, la transparence renvoyant toujours en dernier lieu à ce que la personne visée considère elle-même comme étant vertueux aux yeux des autres, le droit peut compléter le dispositif par la sanction de certains comportements. Un dispositif de transparence peut être couplé à un dispositif de sanction.

Le mécanisme de la transparence décrit dans son principe et ses ressorts, demeurent des incertitudes quant à ses modalités de mise en œuvre. Quelles sont les informations qui seront soumises au regard des tiers ? L'efficacité de la transparence pour parvenir à des comportements vertueux réside précisément dans le choix de ce qui sera soumis au regard des autres. Ce choix révèle et dépend du comportement que l'on craint. S'il s'agit de rendre publique une délibération d'un organe de décision, c'est parce que l'on craint que le secret de la délibération ne garantisse pas une délibération vertueuse. Il en résulte que la mise en place d'un mécanisme de défense de la transparence révèle en creux les comportements non vertueux contre lesquels le mécanisme a été mis en place. Le choix de ce qui sera soumis au regard est donc doublement décisif : non seulement au regard de l'efficacité de la mesure, mais également de ce qu'il révèle sur les comportements non vertueux que l'on craint ou qui ont effectivement eu lieu.

Sur la question du choix de ce qui sera soumis au regard des tiers, il semble qu'il faille distinguer deux usages de la transparence selon qu'ils affectent ou qu'ils n'affectent pas la vie privée de la personne qui doit respecter la transparence. Tout sera ensuite question de seuil dans le degré d'atteinte éventuel à la vie privée. Dans une procédure de passation d'un marché public, la publicité des offres n'affecte en rien la vie privée ni des personnes qui proposent les offres, ni de celles qui vont statuer sur ces offres. En revanche, lorsqu'il s'agit de soumettre au regard des autres le patrimoine des élus, l'atteinte à la vie privée est manifeste. A cet égard, la loi organique du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* a franchi un seuil dans la soumission au regard des autres dans la mesure où elle met sous le regard de tous le patrimoine des élus¹⁵. L'obligation de déclaration de patrimoine n'est pas nouvelle. La publicité qui leur est reconnue l'est, même si ses modalités d'exercice, la consultation par un électeur en préfecture couplée avec l'incrimination de la publication ou de la divulgation de tout ou partie de la déclaration patrimoniale, en limite la portée pratique. L'objectif visé consiste à lutter contre la corruption, ce qui était déjà celui de la déclaration de patrimoine.

¹⁵ Dans la suite des développements et pour simplifier nous parlerons de manière large de l'élu ou des élus à propos de l'obligation de déclaration patrimoniale et d'intérêts. Il reste que la déclaration de patrimoine et d'intérêt s'étend au-delà des élus à ceux qui sont proches de ces derniers (collaborateurs du président, membres des cabinets, emplois ou fonctions à la décision du gouvernement après nomination en conseil des ministres). En revanche, la publicité de la déclaration d'intérêt ne concerne, après la censure du Conseil constitutionnel (n° 2013-676 DC, 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, JORF, 12 octobre 2013, p. 16847, cons. 20 et 22, voir *infra*) que des élus qu'il s'agisse des parlementaires, des membres du gouvernement et des personnes visées par l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013.

En 2013, le législateur a encore innové en souhaitant soumettre le responsable public à son propre regard, au regard que sa conscience peut porter sur son comportement, l'obligeant à agir d'une certaine manière quand une situation déterminée non vertueuse risque de se produire. Telle est la dernière technique empruntée par le législateur pour obtenir un comportement vertueux, mais elle n'apparaît plus comme étant indirecte contrairement aux trois précédentes. Le législateur ne sanctionne plus seulement, de manière négative, le conflit d'intérêts, mais il oblige de manière préventive les responsables publics¹⁶ à adopter un comportement vertueux en présence d'un conflit d'intérêt tel que défini par la loi. Dans la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, le législateur définit positivement le conflit d'intérêt en disposant que « constitue un conflit d'intérêts 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 ». Le législateur établit ainsi ce qu'est une situation problématique, le conflit d'intérêt, et oblige celui qui se trouve dans cette situation à y remédier par certains comportements. La nouveauté réside dans la dimension positive et non plus seulement sanctionnatrice du comportement non vertueux¹⁷.

Dans cet ensemble de mécanismes, au regard de leur singularité comme de leur actualité, deux d'entre eux, prévus par les lois de 2013 relatives à la transparence de la vie publique, méritent une analyse approfondie : la publicité des déclarations de patrimoines des élus et la définition positive du conflit d'intérêt. L'un et l'autre de ces mécanismes témoignent de ce que le législateur a franchi un palier dans l'utilisation du droit au service de la morale dans l'approfondissement significatif des moyens utilisés à cette fin. Le regard que l'on peut y porter est loin d'être univoque. S'il est vrai que *le droit* apparaît comme étant *au service de la morale*, lorsque *le politique* agit *contre la morale* (§ I), un regard critique impose de nuancer cette première lecture par trop optimiste. *Le droit* peut en effet agir *contre la politique*, *la morale* intervenant alors *contre le politique* (§ II).

I - Le droit au service de la morale : le politique contre la morale

Tel est l'objectif, louable, même s'il est insuffisamment interrogé, que se sont fixés tous ceux qui ont entendu user du droit pour moraliser la politique : le droit doit être utilisé au service de la morale lorsque le politique agit contre celle-ci. La démarche est aujourd'hui banale ; les moyens empruntés par les lois de 2013 sont originaux, du moins en France, par leurs modalités ou leur intensité. Il est un moyen classique, la transparence, et donc la soumission au regard des autres,

¹⁶ Dans la suite des développements et pour simplifier nous parlerons de manière large des responsables publics à propos de l'obligation d'abstention en présence d'un conflit d'intérêt même si les articles 1 (« Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public (...) veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ») et 2 de la loi du 11 octobre 2013 fixent de manière plus précise les personnes concernées par cette obligation.

¹⁷ Voir en particulier, insistant sur la nouveauté de la « définition positive du conflit d'intérêt » et pour une appréciation comparée de cette définition avec ce que prévoit le droit pénal : M. Segonds, « La loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts », *RSC*, 2013, p. 877.

mais dont l'intensité a été renforcée avec les lois de 2013. Tout électeur peut désormais disposer de l'information sur le patrimoine des élus et donc vérifier, le cas échéant, que l'exercice de fonctions électives n'a pas contribué à un enrichissement de son titulaire. Il s'agit de soumettre au regard des autres les résultats de l'exercice d'un mandat à partir de la situation patrimoniale de l'élu (B). Il en est un autre, plus original, qui vise à empêcher tout comportement non vertueux en obligeant les responsables publics à s'interroger avant d'agir et, plus exactement, à agir de manière vertueuse avant même tout comportement potentiellement répréhensible. Le responsable public doit confronter ses actions à l'examen de sa conscience propre (A).

A – La confrontation de son action à l'examen de sa conscience propre

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit de manière positive le conflit d'intérêt et oblige à un certain comportement les responsables publics en présence de cette situation. Ces derniers doivent s'interroger sur l'existence d'un conflit d'intérêt et agir, le cas échéant, en conséquence. Il leur appartient eux-mêmes d'identifier la situation problématique.

L'article 2 de la loi de 2013 précise que « constitue un conflit d'intérêts 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 ». Deux éléments de définition méritent d'être mis en évidence : une situation d'interférence, ce qui relève d'une dimension (plutôt) objective, et les conséquences que cette situation peut avoir sur l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction, ce qui constitue la dimension subjective de la définition. Cette dernière dimension est d'autant plus forte que, pour que la situation d'interférence soit problématique, il faut qu'elle soit *de nature à* influencer ou paraître influencer, les apparences sont prises en compte, l'exercice à la fois « indépendant, impartial et objectif » d'une fonction.

La définition du conflit d'intérêt apparaît étendue par certains côtés : les interférences entre intérêts publics sont visées, et non pas seulement les interférences entre un intérêt privé et un intérêt public, comme la simple *apparence* d'un conflit d'intérêt¹⁸. Par d'autres, elle semble plus restrictive : il est question d'un exercice à la fois « indépendant, impartial *et* objectif »¹⁹ d'une fonction. L'alternative aurait pu apparaître plus forte : indépendant, impartial *ou* objectif. Le cumul renforce le pouvoir d'appréciation du responsable public et élève le seuil de reconnaissance du conflit d'intérêt.

¹⁸ Ce qui permet en l'occurrence de mettre en conformité la définition positive du conflit d'intérêt avec l'appréhension pénale du conflit d'intérêt, voir en ce sens : M. Segonds, *précit.*

¹⁹ Nous soulignons.

La loi intègre dans l'action publique la réflexion préalable et systématique avant la prise de décision sur le conflit d'intérêt. Elle a une vocation pédagogique : vis-à-vis des administrés, elle témoigne de ce que l'action publique intègre une dimension vertueuse dans ses principes d'action ; vis-à-vis des responsables publics, elle les place devant leur conscience individuelle. Telle est en l'occurrence la force du nouveau dispositif que de renvoyer les agents publics à leur conscience dans leur manière d'agir. Face à des mesures répressives réprimant leur comportement, il ne s'agira plus pour ceux-ci de se défendre en soutenant, qu'ils ne savaient pas, qu'ils ne s'étaient pas posé la question ou qu'ils n'avaient pas conscience que leur comportement était problématique. Ils doivent désormais agir en s'interrogeant sur le caractère vertueux de leur comportement. Selon cette logique vertueuse, le comportement des responsables publics est désormais supposé vertueux car ceux-ci intègrent cette dimension dans leur comportement. Le dispositif crée de cette manière un cercle vertueux : chaque agent agit en s'interrogeant sur ce que sera un comportement vertueux, chaque action sera donc supposée vertueuse. La loi place les agents immédiatement sous la responsabilité de leurs actes. Les agents doivent agir avec leur conscience.

B – La soumission des résultats de son action au regard des autres

L'exercice à des fins personnelles ou du moins distinctes de l'intérêt public d'un mandat peut se traduire par un enrichissement personnel de l'élu. Telle est l'équation première de tous les dispositifs de lutte contre la corruption. L'exercice de la fonction d'élu sera hors de cause s'il est possible d'afficher à l'issue de son mandat qu'il n'a pas tiré de profit patrimonial de son exercice. La transparence renverse la charge de la preuve : c'est à l'élu de prouver à l'électeur qu'il n'a pas failli dans l'exercice de sa tâche.

Cette démarche n'est pas nouvelle. En France, ce qui l'est, c'est que ce n'est plus seulement une autorité administrative indépendante qui est chargée d'y veiller, mais l'ensemble des électeurs qui ont un droit de regard sur la situation de non enrichissement des élus. La publicité des patrimoines tend à montrer que les élus n'ont rien à cacher, au point que chaque électeur est en mesure de le vérifier.

L'étendue de ce qui est soumis au regard est décisive pour que l'efficacité du dispositif soit garantie. L'article 4 de la loi de 2013 impose ainsi « une déclaration exhaustive, exacte et sincère de [la] situation patrimoniale concernant la totalité de ses biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis ». Cette déclaration intervient dans un certain délai, à la fois après la nomination et après la cessation de fonction. En outre, durant le mandat, une déclaration spécifique s'impose à chaque fois que « la situation patrimoniale ou les intérêts détenus connaissent une modification substantielle ». La loi précise encore que « la déclaration de situation patrimoniale comporte une récapitulation de l'ensemble des revenus perçus par » le déclarant.

La loi énumère ensuite les différents éléments composant le patrimoine à déclarer²⁰. L'électeur doit pouvoir apprécier et, surtout, comparer l'étendue du patrimoine au moment de l'entrée en fonction, pendant son exercice et à l'issue du mandat. Il pourra être alerté à chaque changement significatif du patrimoine.

A cette déclaration de patrimoine s'ajoute une déclaration d'intérêts, non encore évoquée, qui contiendra un certain nombre d'informations sur les activités du déclarant (activité antérieure de consultant, participation financière indirecte dans une entreprise...) susceptibles d'avoir une influence sur l'exercice du mandat exercé. Il appartient à l'électeur d'être ainsi éclairé sur les conflits d'intérêts potentiels possibles au regard des activités antérieures de l'élu. A la lutte préventive du conflit d'intérêt par un appel à la conscience du responsable public, s'ajoute la mise sous le regard des situations potentielles de conflit d'intérêts en fonction des activités antérieurement exercées par le responsable public. L'électeur est en mesure de mettre à jour toutes les situations douteuses et de porter un regard sur l'action de l'élu en fonction des activités exercées antérieurement. Là où les incompatibilités permettent d'éviter que deux activités susceptibles de générer des conflits d'intérêt puissent être exercées de manière simultanée, la déclaration d'intérêts rend visible, au moment de l'exercice d'une nouvelle fonction, l'exercice antérieur d'une autre fonction pouvant conduire à l'avenir à un conflit d'intérêt. La maîtrise se veut totale et absolue.

A l'évidence, cette soumission au regard des autres n'est pas sans soulever des difficultés quant au respect de la vie privée. D'un point de vue constitutionnel, les dispositifs législatifs se sont d'ailleurs heurtés au droit au respect de la vie privée issu de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Au moment d'apprécier la constitutionnalité des lois, le respect de la vie privée a constitué le grief central face aux mesures sur les déclarations d'intérêts et de patrimoine et leur publicité. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a jugé « que 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 ; que, pour être conformes à la Constitution, ces atteintes doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »²¹.

A partir de ces éléments, le Conseil constitutionnel reconnaîtra comme objectif d'intérêt général l'« objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité [des parlementaires], de prévention

²⁰ 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.

²¹ C.C., n° 2013-675 DC, 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, Rec., p. 956, cons. 26.

des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci »²². Il y a lieu de remarquer ici que la probité et l'intégrité des élus et, plus largement, la transparence ne sont pas reconnues comme des objectifs de valeur constitutionnelle. Ce n'est qu'au nom de la poursuite d'un intérêt général, le renforcement des garanties de probité et d'intégrité, qu'il est porté atteinte à un droit constitutionnel, le droit au respect de la vie privée. Face à un contrôle de l'adéquation, qui ne saurait être qu'un contrôle minimum, le caractère proportionné de la mesure présente un caractère décisif. Sur le principe de la déclaration et de la publicité, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur « n'a pas porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui revêt un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi »²³.

Ce n'est que dans deux cas que la disproportion a été reconnue. La constitutionnalité du dispositif est une question de mesure et non pas de principe. D'une part, le Conseil constitutionnel a jugé que « si le législateur (organique) pouvait imposer la mention, dans les déclarations d'intérêts et d'activités, des activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée compte tenu de la vie commune avec le déclarant, il n'en va pas de même de l'obligation de déclarer les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents »²⁴. A propos des déclarations d'intérêts et d'activités, la transparence ne saurait concerner que l'élu *intuitu personae* et éventuellement la personne qui partage sa vie en raison des liens existants, mais ne saurait s'étendre à ses ascendants et descendants. D'autre part, il a 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 »²⁵. La publicité de la déclaration d'intérêts ne vaut que pour les élus et non pour des personnes exerçant des fonctions administratives. L'atteinte à la vie privée n'est admise que pour un responsable public issu de l'élection. Sa désignation par le suffrage justifie une atteinte à sa vie privée.

De plus, et dans le prolongement, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en prévoyant une forme de publicité relative au patrimoine des titulaires de fonctions exécutives locales visés au 2° du paragraphe I de l'article 11, le législateur a, s'agissant d'élus d'établissements publics et de

²² *Loc. cit.*, cons. 28

²³ C.C., n° 2013- 675 DC, *précit.*, cons. 7, 33 ; C.C., n° 2013-676 DC, *précit.*, cons. 19.

²⁴ C.C., n° 2013-675 DC, *précit.*, cons. 29 ; C.C., n° 2013-676 DC, *précit.*, cons. 15.

²⁵ C.C., n° 2013-676 DC, *précit.*, cons. 22.

collectivités territoriales qui règlent les affaires de leur compétence par des conseils élus, porté au droit au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »²⁶. La difficulté constitutionnelle soulevée à propos de la publicité de la situation patrimoniale de certains exécutifs locaux semble liée au fait que seules leurs assemblées délibérantes décident des affaires qui relèvent de leur compétence.

Le résultat de l'arbitrage entre ces valeurs tel qu'il a été fait par le Conseil constitutionnel apparaît comme nettement favorable à la transparence.

II - Le droit contre la politique : la morale contre le politique

Quel est l'état des mœurs politiques s'il est nécessaire à la fois d'explicitier aux responsables publics comment agir de manière vertueuse et de soumettre au regard de tous la situation patrimoniale des élus ? La bonne volonté du législateur de moraliser la vie politique comporte une dimension plus obscure. Elle témoigne en effet de ce qui ne fonctionne pas. En agissant de manière *a priori* vertueuse, le législateur stigmatise des comportements qui ne le sont pas. S'il est nécessaire de définir le conflit d'intérêt et d'imposer aux responsables publics d'agir pour éviter de tels conflits, c'est que ces derniers ne le font pas ou n'ont pas conscience qu'il faille intégrer cette dimension dans leur action. S'il est nécessaire de rendre public les patrimoines, c'est parce que les élus s'enrichissent ou, au moins, sont susceptibles de le faire, dans l'exercice de leur mandat. Le droit est là pour influencer sur ce qui *est*. Sa seule présence tend à témoigner que ce qui *est* ne convient pas. Il révèle ce qui ne fonctionne pas et telle est la faiblesse des dispositifs de moralisation. Le droit intervient contre la politique au nom de la morale, celle-ci se posant contre le politique. S'il existe un besoin de plus de morale, c'est précisément parce que celle-ci fait défaut. Ce même risque se distribue de manière différente selon les deux dispositifs observés. L'affichage d'une conduite préventive visant à éviter les conflits d'intérêt ne saurait masquer que le comportement des agents publics relève de la conscience individuelle de chacun et qu'il est pour le moins illusoire de vouloir dicter de ce que la conscience individuelle peut apprécier comme étant vertueux (A). Soumettre au regard des autres le patrimoine présente un danger autrement plus fort quant au discrédit général qu'elle porte sur le comportement des responsables publics (B).

A – L'impossible dictat sur la conscience individuelle

Si le comportement vertueux est affaire de conscience, il est pour le moins improbable que le droit puisse agir sur la conscience pour la guider vers la vertu. Le droit prescrit, il n'éduque pas. Lorsqu'il a cette dernière prétention, il se leurre. Il est toujours possible de louer, au minimum, le

²⁶ C.C., n° 2013-676 DC, *précit.*, cons. 20.

fait de définir de manière positive un comportement à éviter. Lorsque le législateur pose en 2013 la définition suivante du conflit d'intérêt : « 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 », l'on peut se satisfaire de l'information qu'elle apporte à tous les responsables publics. Elle leur permet de savoir quel doit être leur comportement. L'information n'est, pour autant, que générale, alors que chaque conflit d'intérêts apparaît dans une situation particulière, et que chaque situation potentielle de conflit d'intérêts renvoie en tout état de cause à la conscience de celui qui doit agir.

Sur le premier point, il faut souligner que la *répression* du conflit d'intérêt est moins problématique car elle intervient *a posteriori*. Elle conduit à juger d'une situation particulière dans laquelle un conflit supposé ou réel est en cause et à faire juger de cette situation par un tiers. La démarche positive à vocation préventive de définition du conflit d'intérêt se heurte à l'impossible prédétermination des situations concrètes dans lesquelles le conflit pourra naître. Le conflit d'intérêt n'est pas abstrait et ne naît pas d'une situation générique prédéterminée. Il surgit d'une situation concrète en fonction de comportements particuliers.

Sur le second, quel que soit le degré de précision de la définition positive, elle n'en renvoie pas moins à la seule conscience du responsable public. Même si le recours à l'apparence de la situation de conflit d'intérêt a été consacré par la loi, ce qui tend *a priori* à objectiver la situation, la dimension subjective demeure. La situation d'interférence qui est « de nature » à influencer ou à paraître influencer... impose une appréciation relative et subjective du lien entre les deux éléments.

Cette dimension subjective soulève une question de frontière, nécessairement floue, entre ce qui constitue et ce qui ne constitue pas un conflit d'intérêt. Peut-on participer à une commission d'attribution de marché si une entreprise détenue par un cousin est candidate ? Qu'en est-il s'il s'agit d'un cousin au deuxième degré ou d'un cousin au troisième degré ? C'est sans doute moins la situation objective, si elle existe, qui pose problème, que le comportement que la personne concernée aura dans cette situation. D'autant qu'il appartient à la personne d'évaluer elle-même ne serait-ce que l'apparence d'une situation de conflit d'intérêt. Il est possible de considérer que le fait d'avoir travaillé dans le passé pour une entreprise qui a vocation à extraire du gaz de schiste est utile, au regard des connaissances ainsi acquises, pour pouvoir rapporter sur un projet de loi visant à réglementer cette activité. Y aura-t-il un conflit d'intérêt car cette connaissance peut influencer sur le point de vue retenu, peut-être en dehors de l'intérêt général ? La question de seuil est toujours délicate et tel est précisément le cœur de la difficulté de la définition positive préalable.

De manière synthétique, il est possible de défendre, soit une lecture absolue du conflit d'intérêt, soit une lecture relative, toutes deux étant en pratique difficiles, voire impossibles, à mettre en œuvre. Appliquer strictement la prévention du conflit d'intérêt, y compris lorsqu'il n'existe qu'une

apparence d'un tel conflit, impose d'éviter de manière absolue tout comportement suspect quel qu'en soit le seuil et apparaît en conséquence problématique. Une telle lecture revient à défendre l'objectivité absolue dans les comportements des responsables publics. En revanche, une application relative renvoie au libre arbitre et à l'appréciation de chacun. Imaginons un candidat à un poste de maître de conférences dans une université qui aurait fait sa scolarité et aurait enseigné durant son doctorat dans cette même université, supposée par ailleurs comme étant de faible dimension. Cette dimension est importante car elle implique que la plupart des membres du corps des enseignants-chercheurs de l'université a, soit travaillé avec le candidat, soit l'a connu en tant qu'étudiant, et ne sera donc pas neutre, et plus précisément indépendant, impartial et objectif, au moment de décider du recrutement de ce candidat. Une vision absolutiste du conflit d'intérêt exigerait alors qu'aucun enseignant-chercheur de l'université ne soit présent dans le comité de sélection ; une vision plus adaptée ferait éventuellement dépendre cette participation du lien plus ou moins fort existant avec le candidat (simple étudiant, déclaration publique en faveur ou au détriment du candidat, doctorant, membre d'une équipe de travaux dirigés...). Cette difficulté ne se rencontre qu'en présence d'une définition positive du conflit d'intérêt qui renvoie à l'appréciation de la personne concernée par la situation en question. Elle ne se retrouve pas en cas de répression du conflit d'intérêt, à la fois parce que c'est un tiers qui jugera de cette situation et parce qu'il le fera à partir des éléments concrets et des circonstances particulières de l'affaire.

De plus, à expliciter des comportements que l'on peut considérer comme naturels, le droit ne rend-il pas en réalité visible le fait que ces comportements naturels demeurent l'exception ? Est-il besoin de définir le conflit d'intérêt pour interdire au mari, à la femme, au père ou à la mère d'un candidat à un poste de maître de conférences dans une université de participer au comité de sélection qui sera chargé de le recruter ? Le comportement semble naturel. S'il est besoin de le prescrire, c'est qu'il ne l'est plus et donc que les mœurs sont problématiques. En imposant toujours plus, le droit discrédite le comportement des responsables publics. Ce risque est plus fort encore avec la transparence et ce qu'elle soumet au regard des autres.

B - Une soumission perverse au regard des autres

La transparence s'avère particulièrement problématique lorsqu'elle touche des éléments de la vie privée. Le choix de procédures publiques d'attribution de marchés publics n'affecte en rien la vie privée de ceux qui y participent, alors que la soumission du patrimoine public au regard de tous témoigne d'une atteinte à la vie privée de ceux qui y sont obligés. Le choix de soumettre au regard des autres des éléments de la vie privée renvoie à une question d'équilibre et à une question de mesure.

L'équilibre doit se faire entre ce que le dispositif est censé apporter sur le plan de la moralisation de la vie politique et le coût qu'il emporte en termes de respect de la vie privée et de crédibilité du personnel politique par rapport à ce qui est soumis au regard. Ajoutons d'ailleurs que l'apport de

la transparence sur la moralisation n'est possible que pour autant que ceux qui sont soumis à la transparence jouent le jeu de l'honnêteté des informations transmises. Les pratiques récentes placées sous le feu de l'actualité ont d'ailleurs témoigné de ce que les déclarations pouvaient ne pas être honnêtes et non pas de ce que celles-ci témoignaient d'un enrichissement²⁷. Le choix de la mise sous le regard du patrimoine des élus semble à cet égard coûteux en termes d'atteinte à la vie privée et plus encore sans l'angle de la crédibilité du personnel politique. Soumettre au regard le patrimoine des élus, c'est suspecter que l'exercice de son mandat peut contribuer à s'enrichir. Sous cet angle, il n'est pas certain que la dimension positive de la transparence, la soumission au regard se fait car il n'y a rien à cacher, l'emporte sur celle négative, la soumission au regard se fait afin les élus ne s'enrichissent plus dans l'exercice de leur mandat. Dans une période de défiance vis-à-vis du personnel politique et de la politique, et donc dans ce contexte particulier, la dimension négative est décisive.

Elle l'est d'autant plus que la *publicité* du patrimoine vient compléter un dispositif déjà existant de *déclaration*. La publicité paraît ainsi devoir s'imposer du fait de l'insuffisance du dispositif précédent. Là encore, le caractère négatif du message est fort. Il est possible d'admettre que, de manière marginale, certains élus peuvent s'enrichir durant leur mandat et qu'un dispositif de déclaration faisant intervenir une autorité administrative indépendante est adapté pour répondre à ces situations. Si l'on décide d'aller plus loin, c'est que ce dispositif n'est pas suffisant et qu'il ne l'est pas parce qu'il n'est pas respecté ou qu'il ne témoigne pas de son efficacité. La soumission au regard d'une institution étatique, fût-elle autorité administrative indépendante, la Commission pour la transparence financière de la vie politique devenue aujourd'hui Haute autorité pour la transparence financière, ne suffit plus, seul le regard direct du citoyen est à même de garantir la probité. Tout en défendant la transparence, la loi n'en dénigre pas moins autant les élus que les institutions publiques. Si les élus doivent être sous le regard des autres, c'est parce que leur activité peut les enrichir de manière non vertueuse. C'est donc un aveu de l'immoralité des élus qui impose d'ajouter à la déclaration une publicité de celle-ci. « Le voile était pudique. Il est devenu indécent » pouvait écrire Guy Carcassonne²⁸.

Les déclarations d'intérêts n'affectent en revanche pas avec la même importance la vie privée et la crédibilité des politiques. Il est vrai que le seul fait de mettre sous le regard du public ces éléments laissent entrevoir que l'exercice d'un mandat peut être affecté par l'existence d'intérêts autres que l'intérêt général. Toutefois, la charge d'élu semble pouvoir s'accommoder du fait que chaque élu assume en quelque sorte l'existence d'intérêts particuliers liés à des activités antérieures pour mieux s'en libérer dans l'exercice de sa fonction d'élu. La déclaration d'intérêts peut donc avoir une fonction cathartique.

²⁷ D'où la question que l'on peut légitimement se poser : ce qui semble poser problème pour les élus, c'est le fait d'avoir à rendre public son patrimoine et non pas le contrôle qui peut être exercé sur son accroissement au cours du mandat. L'on aurait pu en conséquence limiter le caractère public du patrimoine à l'information de son accroissement significatif au cours et/ou à l'issue du mandat, voir *infra*.

²⁸ G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 97, 2001, p. 17.

Une lecture plus critique est cependant possible. En termes d'image, la déclaration d'intérêt présente un risque d'automatisme de la suspicion, alors que la définition positive du conflit d'intérêt introduit un élément d'appréciation relatif renvoyant la suspicion à des conditions particulières. Le fait, par exemple, de rapporter sur un projet de loi concernant le gaz de schiste apparaît comme pouvant constituer un conflit d'intérêt lorsque le rapporteur a pu travailler en tant que consultant pour une entreprise intervenant dans ce type d'activité, mais il n'en est pas moins parfaitement possible que l'exercice d'une telle activité ne soit pas *de nature* à affecter l'appréciation « indépendante, impartiale et objective » de la fonction. La déclaration d'intérêt fait naître de manière automatique un doute, là où la définition positive du conflit d'intérêt exige que l'interférence des intérêts soit *de nature* à affecter le jugement pour que le doute existe.

La mesure s'apprécie dans les modalités de mise sous le regard pour parvenir au résultat poursuivi. Le dispositif de 2013 semble emprunt de prudence au regard des personnes habilitées à consulter le patrimoine et des mécanismes garantissant la non diffusion des informations acquises. En revanche, le choix des éléments mis sous le regard mérite d'être discuté. Est-il pertinent de soumettre au regard du public le patrimoine des élus ? Ne pouvait-on pas se contenter de ne rendre public que les modifications substantielles de celui-ci durant le mandat et d'établir la seule évolution du patrimoine après le mandat pour apprécier l'éventuel enrichissement ? L'élément décisif pour témoigner de l'exercice vertueux de son mandat ne consiste pas à connaître, à l'origine, le patrimoine de l'élu, mais à savoir si l'exercice de ce mandat a contribué à son enrichissement²⁹. La déclaration de patrimoine pouvait être maintenue telle quelle, la publicité aurait pu être limitée aux évolutions substantielles du patrimoine et au bilan en fin de mandat de son évolution.

Les censures partielles du Conseil constitutionnel soulèvent également des questions de mesure. La publicité de la déclaration de patrimoine des exécutifs locaux pose problème, ce qui n'est pas le cas de la publicité de la déclaration d'intérêt. A l'inverse, la publicité de la déclaration d'intérêt ne vaut que pour les élus, alors que celle des patrimoines peut aller au-delà et intégrer, par exemple, les membres des cabinets ministériels ou les collaborateurs du président. La subtilité des nuances a de quoi troubler. Plus fondamentalement, le fait d'intégrer dans le domaine d'application de la loi pour les déclarations de patrimoine et d'intérêts les collaborateurs du président et les membres des cabinets ministériels étonne à un double titre au moins : ils ne sont pas élus et ne décident pas. Les placer sous le regard conduit à en faire ce qu'ils ne sont pas et à suspecter l'influence néfaste qu'ils pourraient exercer sur le personnel politique qu'ils conseillent.

Il est difficile de ne pas penser également que la mise sous le regard de l'autre conduit dans une certaine mesure à une déresponsabilisation des élus. Plutôt que d'assumer eux-mêmes une

²⁹ Voir également en ce sens : P. Cassia, *Conflits d'intérêts. Les liaisons dangereuses de la République*, Odile Jacob, Collection Corpus, 2014, pp. 56-57.

conduite vertueuse, c'est le regard des autres qui contribuera à l'imposer. Cette logique emporte un effet pervers alors qu'il est possible de maintenir une conduite non vertueuse tant que le regard de l'autre ne l'a pas mise à jour.

De manière plus générale et plus substantielle, la transparence s'inscrit dans ce que Pierre Rosanvallon a qualifié de « démocratie impolitique » dans « laquelle la perspective de la transparence se substitue dorénavant à un exercice de la responsabilité que l'on a désespéré de pouvoir organiser ; elle accompagne une sorte d'abandon des *objectifs* proprement politiques au profit de la valorisation de *qualités* physiques et morales » ; « l'idéal ne réside plus tant sans l'appropriation du pouvoir que dans la constitution de ce dernier en un objet dont la transparence est supposée permettre un parfait contrôle »³⁰.

Cette présentation, qui s'apparente en définitive à une dialectique sans synthèse, renvoie au choix même d'emprunter le droit pour moraliser la politique et à l'étendue de son intervention. Le droit peut-il être efficace, jusqu'où peut-il aller dans la défense de la morale en politique ? La répression et la prévention, grâce à la sanction pénale et au régime des incompatibilités, paraissent difficilement contestables. Au-delà, avec les deux modalités étudiées issues des lois de 2013, il sera nécessaire de trancher entre des équilibres délicats face à l'objectif affiché. La transparence et l'obligation de comportement vertueux présentent de manière ambiguë un double visage contradictoire : une volonté de moralisation de la vie politique et l'aveu d'une société politique immorale. Si le droit ne suffit plus dans ses modalités classiques de moralisation, répression et incompatibilité, peut-être faudrait-il se tourner vers l'éducation... à moins que ce ne soient trop long, trop coûteux et peut-être, en définitive, vain. Mais il faudrait alors abandonner le ressort premier de la démocratie : la vertu ! Chacun pourra comparer les coûts.

³⁰ P. Rosanvallon, *La contre-démocratie...*, *op. cit.*, p. 262.