

Les gouvernants, juges et parties de leur probité

La question de la défense de la probité publique est paradoxale : l'abondance des normes et institutions n'a pas empêché la poursuite de pratiques abusives, tandis que la situation du « régulé-régulateur » explique en partie pourquoi les progrès ne se font que par à-coups.

Pierre LASCOUMES, CNRS, Centre d'études européennes (CEE) de Sciences Po *

Depuis 1791, en prévenant et sanctionnant les atteintes à la « probité publique »⁽¹⁾, les parlementaires ont fait de l'honnêteté dans l'exercice des responsabilités publiques une des composantes essentielles (après la défense des institutions) de notre régime démocratique. Dans les Codes pénaux de 1791 et de 1810, les incriminations relevant d'une rationalité politique étaient plus nombreuses que celles concernant la protection du « patrimoine naturel de l'homme » (son corps, sa dignité et ses biens)⁽²⁾. S'agissant de la définition de la probité publique, une situation paradoxale est rarement mise en évidence. Il s'agit de normes endogènes conçues par ceux qui en sont aussi les destinataires (membres du gouvernement et parlementaires). Comme si la rédaction du Code de la route était confiée à l'Automobile Club de France. Il y a là un conflit d'intérêt caractérisé, qui est traditionnellement justifié par le postulat selon lequel les dirigeants et les élus sont les garants d'un intérêt général supérieur aux intérêts particuliers, y compris les leurs en tant que professionnels de la politique. Cependant, à y regarder de plus près, cette situation particulière du « régulé-régula-

* Auteur de *Favoritisme et corruption à la française, petits arrangements avec la probité*, Presses de Sciences Po, 2010, et d'*'Une démocratie corruptible, arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Le Seuil, 2011.

teur» a eu beaucoup de conséquences, qui expliquent les échecs observés.

Des normes abondantes depuis les années 1980

Chaque « affaire » et « scandale » laisse supposer que la probité publique est un domaine peu ou insuffisamment normé. Pourtant, en France, depuis le milieu des années 1980, à la suite d'une série de poursuites ayant conduit les principaux partis devant la justice, une quantité importante de règles a été produite. Entre 1988 et 2013, dix-huit lois et décrets ont été adoptés, introduisant un large éventail de normes sanctionnées, parfois pénalement, surtout financièrement : limitation des dépenses électorales pour toutes les élections, transparence des comptes de campagne et des partis, interdiction des dons faits par les entreprises, aides publiques conditionnelles, limitation des dons individuels, déclaration des patrimoines et des conflits d'intérêts, etc. Egalement, la mise à disposition de fonds spéciaux à disposition du gouvernement a été supprimée en 2002. Deux commissions de contrôle ont été créées : la Commission pour la transparence financière de la vie politique (CTFVP, 1988) et la Commission nationale des comptes de campagne et des financements

politiques (CNCCFP, 1990), validant les comptes et le financement des partis. L'introduction de ces nouvelles règles et organismes a eu un effet d'apprentissage. Ainsi, 98 % des candidats déposent leurs comptes de campagne, et moins de 4 % de ceux-ci sont rejetés. Par ailleurs, faute de moyens et de volonté politique, d'autres organes ont eu un impact moindre⁽³⁾. Enfin, deux lois ont été adoptées à l'automne 2013 : l'une (octobre) a transformé la CTFVP en Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, en renforçant ses pouvoirs ; l'autre (décembre) a créé un parquet financier national.

Règles poreuses et applications molles

Toutes ces règles accumulées depuis trente ans ont connu le sort banal de l'action publique à la française : des principes forts et des applications aléatoires. Le pouvoir affiche des intentions probes et les accompagne de dispositifs de mise en œuvre superficiels. Prenons l'exemple de la CTFVP. Dans sa version antérieure à 2013, elle ne disposait pas des moyens de connaître la situation fiscale et l'évolution du patrimoine de Jérôme Cahuzac, ni quand il a été conseiller au cabinet de Claude Evin, ni quand il a été élu député en 1997 et 2007. Le Service central de prévention

(1) Le livre IV, section 3 du Code pénal regroupe, sous l'intitulé « Des manquements au devoir de probité », un ensemble d'infractions : concussion, corruption des détenteurs de l'autorité publique, prise illégale d'intérêts, atteinte aux règles des marchés publics, détournement de biens publics, corruption et trafic d'influence par les citoyens, etc. (art 432-10 à 433-2).

(2) P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoë, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989.

(3) Ainsi le Service central de prévention de la corruption (1993), la Commission de déontologie de la fonction publique en charge théorique de la prévention du pantouflage (1995) et la Mission interministérielle des marchés publics (2009).

de la corruption, créé en 1993, a vu ses pouvoirs laminés à l'Assemblée nationale, par peur de l'instauration d'un « pouvoir des juges » sur les politiques ; il a failli disparaître en 1995. Il est depuis cantonné dans un rôle d'étude et de conseil. En 2009, le Sénat et l'Assemblée nationale se sont dotés de déontologues chargés de contrôler les déclarations d'intérêts des élus, et, si besoin, de les conseiller en cas de difficultés : soit deux personnes pour... neuf cent vingt membres du Parlement. S'ils ne se contentent pas d'enregistrer les déclarations et s'ils veulent les vérifier, la charge de travail devient considérable. Et qu'en est-il, pour les cinq mille six cent quatre-vingts élus des assemblées territoriales (départements, régions), qui sont tout aussi concernés par les conflits d'intérêts ?

De nouvelles mesures en demi-teinte

En 2012, au nom de « l'allègement des procédures administratives », a été supprimée la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics (Miem, créée en 1991). Son activité était toujours restée réduite, jusqu'à être cantonnée dans un rôle purement symbolique. Elle était très peu saisie, tant par les collectivités locales que par les ministères et les préfets. Elle ne disposait pas de pouvoir d'initiative⁽⁴⁾. Pourtant, des affaires judiciaires ne cessent de montrer à quel point le détournement des procédures de marché public (en amont et en aval) peut être lié à des financements politiques clandestins et à de la corruption administrative. A l'automne 2013, deux lois ont renforcé les dispositifs de surveillance et de sanction des atteintes à la probité publique. Ainsi a été définie la notion de conflit d'intérêt et instituées des obligations de déclaration. Le pouvoir de se constituer partie civile a été reconnu aux associations agréées, et on a établi une protec-

Les problèmes posés par les rapports entre l'argent et l'exercice des responsabilités publiques sont déjà bien identifiés, et, en partie, régulés. Mais l'incomplétude, les manques d'effectivité et de cohérence de ces normes ne cessent d'être démontrés.

(4) A son apogée (1995), elle traitait moins de quarante dossiers par an et effectuait, en 1997, vingt-sept signalements à la justice pénale. Sur dix ans, elle n'a pas conduit plus d'une dizaine de procédures par an.

(5) Article 35 de la loi du 6 décembre 2013, qui protège le signalement des crimes et délits par les acteurs privés et publics.

(6) Article 40-1 du CPP : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

(7) Une proposition de loi (non suivie d'effets) du député Pierre Morel-à-L'Huissier du 16 juillet 2013 a proposé de créer une peine maximum de trois ans et une amende minimum de cent mille euros.



tion des lanceurs d'alerte publics et privés⁽⁵⁾. Les apports significatifs de ces textes ne doivent pas faire oublier que deux problèmes (bien identifiés dès le rapport Bouchery, 1992) n'ont toujours pas été réglés. Tout d'abord, les détenteurs de l'autorité publique ont l'obligation, selon l'article 40 du Code de procédure pénale (CPP), de signaler au parquet toutes les situations infrarégionales dont ils ont connaissance.⁽⁶⁾ Mais... cette obligation n'est accompagnée d'aucune sanction. C'est pourquoi elle ne donne lieu qu'à des applications exceptionnelles. Cela explique le très faible nombre de signalements des atteintes à la probité publique provenant des ministères, des collectivités locales et des établissements publics ; et pourquoi, également, les mauvaises pratiques peuvent perdurer sans grand risque dans ces institutions où prévaut la connivence des pairs⁽⁷⁾.

Prenons un second exemple, tout aussi significatif, celui du privilège fiscal dans les cas de poursuite pour fraude. Malgré le projet gouvernemental initial, la pression de l'administration fiscale lui a permis de conserver un privilège très atypique : sa préémi-

nence sur les poursuites pénales. Non seulement le parquet ne peut être informé du déclenchement d'une procédure fiscale pour pratique potentiellement frauduleuse, mais, même quand elle est établie, la transmission de dossiers au judiciaire reste conditionnée à l'accord d'une commission nationale. Ainsi (révons un peu...), si une procédure fiscale avait été lancée contre Jérôme Cahuzac alors qu'il était ministre du Budget (ayant la tutelle du secteur fiscal), elle serait restée ignorée du parquet ; si, finalement, il y avait eu projet de signalement, il aurait été conditionné par l'accord d'une commission... dépendante du ministre lui-même. Ces tolérances et ces exceptions, toujours renouvelées, sapent une partie des apports des nouvelles mesures adoptées.

Les « zones grises » se développent

Ainsi, le nouveau cadre réglementaire adopté depuis 1988 a rencontré et rencontre toujours de nombreux problèmes de mise en œuvre. La Commission de contrôle des comptes de campagne et de la vie politique ne cesse de rappeler ses manques de pouvoir d'investigation (elle



© PRÉSIDENCE DE LA RÉPUBLIQUE/PSEGRETTÉ

Une dynamique normative a été amorcée. Témoin, le rapport remis en janvier 2015 par le président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, «Renouer la confiance publique».

vraiment les moyens de contrôler le patrimoine de six mille personnalités ? Certes, on ne modifie pas en vingt ans des décennies de pratiques laxistes, encore faut-il vouloir et pouvoir réguler les relations à hauts risques qui existent entre argent et politique.

La volonté de renforcer le cadrage normatif

Une dynamique normative est cependant amorcée, comme en témoigne le rapport remis en janvier 2015 par le président de la Haute Autorité pour la transparence, «Renouer la confiance publique»⁽⁸⁾. Quatre domaines font l'objet d'analyses spécifiques et de propositions concrètes :

1 - «Guider l'action des responsables publics» : vérification de la situation fiscale des ministres et de hauts responsables administratifs avant leur nomination, création d'un certificat de régularité fiscale pour les candidats à une élection nationale, extension aux magistrats des principes déontologiques prévus par les lois sur la transparence de la vie publique, renforcement de la formation déontologique dans tous les niveaux de l'administration, etc.

2 - «Associer et informer les citoyens» : diffusion en *open data* des données publiques essentielles, création d'un répertoire numérique des représentants d'intérêts, etc.

3 - «Garantir le juste usage des moyens publics» : faire certifier par la Cour des comptes la comptabilité des partis politiques publiquement financés, assurer une meilleure transparence financière de l'élection présidentielle, renforcer le contrôle du cumul des mandats des parlementaires, préciser le contrôle

des situations patrimoniales des élus, simplifier la procédure déclarative et améliorer la coordination avec l'administration fiscale, etc.

4 - «Améliorer la sanction des manquements à l'exemplarité» : harmoniser le recours à l'article 40 du CPP, coordonner l'action des différentes structures publiques connaissant les infractions d'atteinte à la probité, améliorer l'usage de la peine d'inéligibilité en cas de condamnation, introduire un pouvoir de destitution en cas de manquement grave, etc.

De cet inventaire, on peut tirer trois observations. Tout d'abord, leur variété témoigne de la diversité des problèmes observés ou rencontrés, en un an de fonctionnement de la Haute Autorité⁽⁹⁾. Ensuite, la tonalité générale du rapport atteste d'une volonté explicite des dirigeants de cet organisme de renforcer le cadrage normatif de l'exercice des responsabilités publiques. Enfin, en creux, la formulation de ces propositions témoigne des manques qui ont jusqu'à présent marqué les législations adoptées, sans analyse systématique des pratiques déviantes actuelles ou potentielles.

Une législation de panique

Ainsi, contrairement à ce que laisse croire le chaos généré à intervalles réguliers par un «scandale» supplémentaire, les problèmes posés par les rapports entre l'argent et l'exercice des responsabilités publiques sont déjà bien identifiés, et, en partie, régulés. Mais l'incomplétude, les manques d'effectivité et de cohérence de ces normes ne cessent d'être démontrés. Deux explications permettent de comprendre cette situation.

Tout d'abord, la plupart de ces règles ont été adoptées en urgence, pour répondre à un scandale ou une série de crises. Il faut rappeler que la première

Les élites se perçoivent très rarement comme transgressives et disposent de puissants moyens de justification de leurs pratiques déviantes et même délinquantes. Ce qui les conduit bien sûr à résister a priori aux demandes de régulation.

(8) «Rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics», janvier 2015.

(9) «Après une première année d'activité de la Haute Autorité et à l'issue de trois mois d'études et d'échanges sur les questions de probité et d'exemplarité publiques, la nécessité d'un parachevement des réformes déjà entreprises est pressante [en gras dans le texte]. Nous le savions, en acceptant la mission qui nous avait été assignnée. Nous en sommes aujourd'hui plus persuadés encore», Jean-Louis Nadal, in rapport cité, note 7, p.9.

législation en 1988 relative à la limitation des coûts des campagnes présidentielles « émerge dans la précipitation, en pleine fin de cohabitation; [...] les affaires Luchaire et Carrefour du développement (après celle d'Urba) embarrassent le PS, mais aussi le RPR »⁽¹⁰⁾. Quant aux deux textes adoptés en automne 2013, ils sont directement le produit de la désaturation produite par l'affaire Cahuzac. Dans ce cas, comme dans beaucoup d'autres, on rencontre un problème majeur d'absence de méthode législative.

Pourquoi la rupture ne se fait pas

Avant d'introduire des normes supplémentaires, il serait logique de faire le tri dans la « boîte à outils » préexistante, d'affûter ceux-ci, éventuellement de les simplifier et de réfléchir sur les raisons de leurs insuffisances. Mais les logiques d'urgence politique et d'affichage se renforcent l'une l'autre, et les décideurs se refusent à combler certaines lacunes manifestes. Nous avons indiqué, de plus, les problèmes posés par les fausses obligations de signalement (article 40 du CPP) et le maintien du privilège fiscal. On peut y ajouter l'absence de coordination entre la nouvelle Haute Autorité et les autres organismes concernés par la défense de la probité publique, alors qu'à l'évidence chacun dispose d'informations et de savoir-faire qui seraient très utiles aux autres.

Egalement, le cumul d'une fonction publique avec des activités privées n'a été que partiellement traité. Enfin, l'indifférence dans laquelle on laisse se dérouler les pratiques plus ou moins aléatoires et discrétionnaires dans les marchés publics est très étonnante. On s'en remet au seul contrôle a posteriori des chambres des comptes régionales, ce qui est notoirement insuffisant.

Il faut ensuite développer davant-

(10) Eric Phélieppeau, « La réforme du financement de la vie politique française », thèse de HDR, Amiens, 2014, p. 111.

(11) Pierre Lascombes, Carla Nagels, *Sociologie des élites délinquantes, de la criminalité d'affaire à la corruption politique*, A. Colin, 2014.

tage ce qui concerne le rapport paradoxal des élites dirigeantes aux règles sociales. D'un côté, ce sont les élites politiques, administratives et économiques qui ont la responsabilité de définir les règles communes (produire les lois, les règlements et les modèles de comportement). Elles revendiquent cette activité comme un attribut de puissance. C'est aussi pour elles un moyen de justifier leur domination, en mettant en valeur leur capacité à définir « l'intérêt général » et à œuvrer de façon désintéressée au bénéfice de la collectivité. Mais, d'un autre côté, les élites dirigeantes sont un groupe social comme les autres et elles entretiennent comme les autres catégories sociales des rapports ambivalents, voire conflictuels avec les normes sociales. Y compris avec celles qu'elles ont elles-mêmes produites. Cependant, la visibilité et la dangerosité sociale de leurs transgressions demeurent très faibles. J'ai montré ailleurs que différentes formes de neutralisation des actes et de restauration des images publiques sont

à l'œuvre, qui préservent le plus souvent les élites déviantes de la stigmatisation et des risques de délégitimation qui en découleraient⁽¹¹⁾. Deux dynamiques parallèles se renforcent mutuellement. D'un côté, les élites se perçoivent très rarement comme transgressives et disposent de puissants moyens de justification de leurs pratiques déviante et même délinquantes. Ce qui les conduit bien sûr à résister a priori aux demandes de régulation. D'un autre côté, les citoyens attribuent à ces transgressions une dangerosité moindre à celle qu'ils donnent aux atteintes aux personnes et aux biens. Elles sont donc davantage tolérées ou excusées. Ainsi, au-delà des indignations de court terme, les pressions exercées sur les gouvernants restent faibles, et l'autorégulation à l'eau tiède peut être poursuivie sans véritable rupture. ●

