

AJDA 2008 p. 1858

Transformer la Ve République sans la trahir (1)

Cohérences et perspectives d'une révision constitutionnelle

Bertrand Mathieu, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, directeur du Centre de recherche de droit constitutionnel, ancien membre du comité Balladur

L'essentiel

La loi constitutionnelle adoptée le 21 juillet 2008 est le produit d'un travail d'élaboration et de maturation conduit pendant une année. Initiée par le Président de la République, préparée par un comité d'experts, amendée par le Parlement, la réforme constitutionnelle a abouti dans un contexte politique difficile, alors même que nombre de ses dispositions présentaient un caractère consensuel. C'est une réforme d'envergure qui modifie nombre de dispositions constitutionnelles sans changer la nature des institutions. Elle encadre les pouvoirs du Président de la République en tenant compte de sa prééminence institutionnelle, elle rééquilibre les institutions en faveur du Parlement et prend en compte la place qu'occupent dorénavant les institutions juridictionnelles. Elle porte un certain nombre de transformations qui affecteront la pratique juridictionnelle et l'élaboration des normes juridiques. Enfin, elle intègre, prudemment, dans le champ constitutionnel des préoccupations nouvelles tant en ce qui concerne la substance des droits fondamentaux que le fonctionnement de la démocratie.

La loi constitutionnelle adoptée le 21 juillet 2008 par le Congrès marque l'aboutissement d'un projet lancé par le Président de la République, Nicolas Sarkozy, à l'occasion d'un discours prononcé à Epinal le 12 juillet 2007.

A cette occasion, le chef de l'Etat définit les grandes lignes de la réforme qu'il souhaite voir aboutir et annonce la création d'un comité chargé de présenter des propositions.

Ce comité « de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République » est mis en place par un décret publié au Journal officiel le 19 juillet 2008. Il est présidé par l'ancien Premier ministre Edouard Balladur. Le Président rappelle dans une lettre de mission les grands axes de la réflexion qu'il souhaite voir s'engager. Le 29 octobre, le comité remet son rapport au Président de la République. Dans une lettre du 12 novembre adressée au Premier ministre François Fillon, Nicolas Sarkozy annonce qu'il souhaite que la plupart des propositions du comité soient retenues et charge le Premier ministre d'engager la consultation des formations politiques. Un avant-projet de loi est présenté par le Premier ministre en conseil des ministres, le 19 mars 2008. Le 23 avril 2008, le projet de loi constitutionnelle est déposé au Parlement. Le 3 juin, le texte est adopté, avec des modifications par l'Assemblée nationale. Le Sénat vote le texte, en le modifiant à son tour, le 24 juin 2008. Une deuxième lecture est donc nécessaire, elle a lieu le 9 juillet à l'Assemblée et le 16 juillet au Sénat. Le vote d'un texte en termes identiques par les deux assemblées ouvre la voie à la réunion du Congrès. Le scrutin donne les résultats suivants : nombre de votants : 905 ; nombre de suffrages exprimés : 896 ; majorité requise : 538 ; pour l'adoption : 539 ; contre : 357.

Ainsi, à l'occasion de son cinquantième anniversaire, la Constitution de la Ve République fait l'objet de ce qu'un député, l'appelant de ses vœux, avait désigné, selon une expression peut-être incongrue dans un article de doctrine, mais imagée et assez juste : le « lifting de Marianne » (J. Chartier). En fait un débat s'était engagé, depuis quelques années, aux marges

du monde politique et juridique sur la question de la réforme des institutions. Une Convention pour la VI^e République avait été lancée, notamment sous l'égide du député socialiste Arnaud Montebourg. Sur le plan institutionnel, la nécessaire revalorisation du rôle du Parlement et l'amélioration de son fonctionnement ainsi que le constat de la qualité inégale de la production législative étaient devenus un leitmotiv. Par ailleurs, l'instauration du quinquennat présidentiel, opérée sans véritable réflexion d'ensemble sur la logique institutionnelle, changeait la donne s'agissant, en particulier, des rapports entre le Président de la République et le Premier ministre. De ce point de vue, Nicolas Sarkozy avait, dès son élection, montré qu'il avait parfaitement intégré cette nouvelle situation.

Le débat préalable à l'élection présidentielle de 2008 avait conduit chacun des partis (UMP, Modem et PS) à présenter une plate-forme de réforme constitutionnelle. Sauf le parti de François Bayrou qui suggérerait l'introduction d'un système empruntant à la fois au régime présidentiel et au régime parlementaire, aucun des projets ne traduisait de franche rupture avec la Ve République. On y retrouvait essentiellement des dispositions visant à renforcer le rôle du Parlement et à améliorer son fonctionnement, la mise en oeuvre de procédures propres à améliorer la garantie des droits des citoyens, notamment l'exception d'inconstitutionnalité, et l'ajout de droits nouveaux.

Les deux premières orientations constitueront de fait l'axe des propositions du comité Balladur et de la réforme telle que votée par le Congrès.

Avant d'aborder ces questions, c'est-à-dire la substance de la réforme, il convient de mettre en exergue les conditions dans lesquelles cette révision a été conduite.

Le temps de l'expertise, le temps du politique

Les choix opérés par le Président de la République quant à la procédure de révision concernent tant la phase de réflexion et d'élaboration que la phase d'adoption.

Les travaux du comité Balladur

La Constitution de la Ve République a été très largement rédigée par un comité constitutionnel. En 1993 un comité présidé par le doyen Vedel s'était attelé à une réflexion d'ensemble sur la Constitution. En 2002, une commission présidée par Pierre Avril avait préparé une réforme du statut pénal du chef de l'Etat. Si le comité Vedel avait rédigé un texte susceptible d'aboutir à une modification conséquente des institutions, le contexte politique n'a pas permis la concrétisation de ces propositions. En revanche, les travaux de la commission Avril ont été repris, pour l'essentiel, par le constituant en 2007. C'est probablement le caractère politiquement sensible de la réforme qui a justifié, alors, la réunion d'une commission présidée par un constitutionnaliste réputé.

En 2007, le contexte est différent, plus proche de celui de 1993. Il s'agit de s'engager dans une réflexion globale sur les institutions. La démarche est alors différente de celle qui conduit à une modification ponctuelle, par exemple, la décentralisation, ou imposée par une logique externe, par exemple, l'adaptation à la construction européenne. Elle se rapproche de celle qui conduit à un changement de Constitution, sans pouvoir cependant être confondue.

L'écriture d'une nouvelle Constitution intervient dans un contexte particulier. Elle répond à des objectifs spécifiques, elle obéit à des présupposés, elle affiche des principes.

Le travail de mise à jour, c'est-à-dire l'examen global par une commission ou un groupe d'experts, est différent, même s'il présente quelques similitudes à tel ou tel moment de la procédure.

La première décision est alors celle de rester ou non dans le cadre constitutionnel existant.

Une réponse positive rend nécessaire la réflexion sur cette Constitution : la penser, la repenser à la lumière de l'intention de ses rédacteurs, des pratiques et des interprétations

auxquelles elle a donné lieu.

C'est un travail doctrinal.

Il convient ensuite, de définir les nouveaux objectifs qui justifient la correction, avec une plus ou moins grande liberté en fonction du carnet de route.

C'est une réflexion qui touche au politique.

La dernière phase, que l'on peut diviser en deux, relève de l'ingénierie constitutionnelle. Première opération, le diagnostic, scanner, pour continuer sur cette métaphore médicale, des organes constitutionnels et de leur fonctionnement. Puis tenter la thérapie. On se rapproche alors du travail de rédaction d'une nouvelle Constitution.

Deux tentations sont alors à éviter : le conservatisme, assez prégnant chez nombre de constitutionnalistes, et l'esprit de système, qui tendrait à la quête de la Constitution parfaite.

Par ailleurs, alors que la nouvelle Constitution est érigée sur un terrain presque vierge et laisse à l'architecte une certaine marge de manoeuvre, ici la contrainte tient non seulement au respect de la logique du système existant, mais aussi à la manifestation des intérêts qui exercent une forte attraction dans le sens de la conservation.

Nécessairement, et quel que soit le cas de figure, pour certains, la réforme proposée est un facteur de déstabilisation, pour d'autres, elle constitue un remède homéopathique, pour ne pas dire illusoire.

Ce travail de réécriture de la Constitution procède d'une analyse d'ensemble du texte constitutionnel, toujours discutable, mais qui a le mérite d'une relecture exhaustive et de procéder d'un souci de cohérence. Cette procédure est différente, et probablement préférable, à celle qui conduit à l'insertion circonstancielle de nouvelles dispositions constitutionnelles ou à la modification conjoncturelle de mécanismes essentiels sans étude d'impact d'ensemble. En ce sens, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct en 1962 et l'instauration du quinquennat en 2000 ont, bien qu'inégalement, profondément bouleversé les équilibres institutionnels, sans que ces réformes, notamment la seconde, aient été véritablement réfléchies dans ce cadre.

Le comité Balladur a été composé de manière à réunir des professeurs de droit et des personnalités politiques de différentes obédiences sans oublier un conseiller d'Etat ayant exercé de hautes fonctions politiques et des intellectuels, liés plus ou moins directement au monde politique. Le fait de confier la présidence du comité à Edouard Balladur, personnalité politique de premier plan et les vice-présidences à Pierre Mazeaud et à Jack Lang permettait de donner à ce comité à la fois un poids politique réel et une notoriété qui ne s'est pas démentie.

Le travail du comité s'est déroulé sur environ trois mois, selon trois phases.

Les premiers débats, très généraux, ont porté sur la nature du régime. Les positions se répartissaient en trois : les partisans d'un régime présidentiel (dont il n'aurait pas été impossible qu'ils constituent à tel ou tel moment de la réflexion une courte majorité), les partisans des institutions spécifiques de la Ve République et les partisans d'un système primo-ministériel. En fait, le parti étant rapidement adopté de rester dans le cadre institutionnel de la Ve République, et donc de la mission confiée, ces positions ne se sont plus exprimées que sous la forme de tendances sur telle ou telle question. Un autre clivage, celui-ci peut être plus affirmé, tout du moins parmi certains des membres, séparait les partisans d'un régime électoral proportionnel et les partisans d'un régime majoritaire, ou teinté d'une faible dose de proportionnelle. Cet antagonisme n'a pu être totalement levé comme en témoignent deux opinions personnelles jointes au rapport.

La discussion sur les questions plus spécifiques, qui a constitué le coeur de ces travaux, a été

opérée à partir de fiches établies par le rapporteur et les deux rapporteurs adjoints présentant sur une question l'état du droit, des éléments historiques et de droit comparé, la pratique, et les hypothèses de modification. De ce point de vue, la lettre de mission du Président de la République ne fermait ni la liste des questions susceptibles d'être abordées, ni le sens dans lequel devait être engagée la réflexion.

La deuxième phase a été celle des auditions de personnalités politiques et institutionnelles, auditions retransmises sur les chaînes de télévision parlementaires. Ces auditions des chefs des partis représentés au Parlement français, ou au Parlement européen, des chefs des « cours suprêmes », de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel, des présidents des deux assemblées et des présidents des commissions des lois, notamment, ont présenté un certain nombre d'avantages. Elles ont permis de faire un tour d'horizon unique des différents positionnements politiques sur les questions constitutionnelles, elles ont parfois permis de dresser un tableau très vivant de certaines pratiques. L'audition du vice-président du Conseil d'Etat et des présidents du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation et du procureur général près ladite Cour a permis de constater un accord sur la nécessité d'opérer un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois, même si les techniques de mise en oeuvre proposées différaient largement.

La troisième phase a été celle de la rédaction du rapport. Il s'agissait de fixer les positions. Par un mouvement réflexif, le projet de rapport rédigé par les rapporteurs intégrait les positions dégagées sur tel ou tel point ou retenait une option parmi celles débattues. Ainsi, le rapport fut à de nombreuses reprises, amendé, certaines questions étant assez rapidement réglées, d'autres suscitant de longues discussions et parfois des arbitrages de dernière heure.

L'« arène » politique

Après avoir fait savoir qu'il retiendrait l'essentiel des propositions du comité, le Président de la République a confié, pour l'essentiel, le projet au Premier ministre, le chargeant de conduire la phase politique de la procédure. Le débat s'est alors focalisé sur des questions secondaires comme la prise de parole du Président de la République devant le Parlement, ou la question du maintien de la disposition constitutionnelle prévoyant le recours au référendum pour l'adhésion de nouveaux Etats à l'Union européenne, ou des questions ne relevant pas directement de la Constitution comme le décompte du temps de parole du Président de la République dans les médias, ou, bien que la question soit importante, les modes de scrutin.

Les auditions faites par le comité avaient fait ressortir un conservatisme certain ou un raidissement marqué des deux principales formations politiques. L'avant-projet de loi constitutionnelle tel que transmis au Conseil d'Etat retient, comme il a été dit, l'essentiel des propositions du comité Balladur. Un certain nombre de mesures emblématiques sont cependant écartées. Il en est ainsi, notamment, de la modification de la répartition des compétences entre le Président de la République et le Premier ministre (art. 5 et 20), de l'interdiction du cumul d'une fonction ministérielle avec un mandat électif, de l'obligation d'études d'impact préalables au dépôt d'un projet de loi, de l'insertion dans la Constitution du principe de non-rétroactivité de la loi, de l'encadrement du droit d'amendement du gouvernement, de la modification de la procédure de révision de la Constitution, du référendum d'initiative populaire. A été ajoutée, en particulier, la limitation à deux du nombre de mandats présidentiels consécutifs.

Le débat parlementaire s'engage dans des conditions politiquement confuses. Le Parti socialiste conditionne son accord à des exigences évolutives et marque une hostilité de principe à la réforme, tout en participant efficacement au débat, notamment en commission. Certains membres de la majorité manifestent une opposition catégorique à la réforme. Toute avancée ou tout recul susceptible de satisfaire les uns, développe l'opposition des autres et inversement, ce qui rend la situation politique difficilement maîtrisable.

A partir du moment où l'hypothèse de la révision par la voie de l'article 11 (ainsi que selon la procédure « normale » de l'article 89, c'est-à-dire avec une adoption par référendum) était écartée, le projet était entre les mains du Parlement. Il n'eut pas été illégitime, bien au

contraire, de demander au Peuple d'adopter lui-même cette profonde réforme des institutions. Cependant, les Français manifestant un goût particulier pour le plébiscite et un certain désintérêt pour les référendums dépourvus d'enjeux personnels, la prudence l'a emporté. On relèvera que seul le recours à la procédure référendaire de l'article 11 permettrait de surmonter l'opposition du Sénat à des réformes le concernant.

Le travail parlementaire proprement dit conduit à amender le projet gouvernemental. La commission des lois de l'Assemblée nationale propose ainsi de fixer un nombre maximum de députés et de sénateurs, réintroduit l'interdiction du cumul des fonctions gouvernementales et exécutives locales, la formule selon laquelle le Parlement concourt à l'évaluation des politiques publiques, le caractère public des auditions par les commissions parlementaires, le principe de non-rétroactivité des lois, la réservation d'une partie de l'ordre du jour aux fonctions de contrôle de l'action gouvernementale et à l'évaluation des politiques publiques. Elle propose la suppression de la faculté pour les assemblées de voter des résolutions. Par ailleurs, la possibilité est ouverte au gouvernement de faire devant les assemblées une déclaration sans engager sa responsabilité. La commission propose également une formulation de la disposition relative au recours au référendum pour l'adhésion de nouveaux Etats à l'Union européenne qui vise clairement la Turquie. Par ailleurs, en séance publique, sont adoptés des amendements relatifs à l'appartenance des langues régionales au patrimoine de la France et à la possibilité pour la loi de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales. La commission des lois du Sénat cristallise le débat sur la réforme du Sénat en prévoyant d'inscrire dans la Constitution le principe selon lequel le corps électoral du Sénat est essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Elle propose la suppression du principe du caractère public des auditions par les commissions parlementaires, de l'affirmation du principe du caractère non-rétroactif de la loi, la réintroduction des résolutions parlementaires et le rétablissement de l'obligation de référendum pour autoriser la ratification des traités relatifs à l'adhésion de nouveaux Etats à l'Union européenne. En deuxième lecture, les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat se mettent d'accord pour résoudre leurs désaccords et proposer l'adoption d'un texte voté dans les mêmes termes qui ouvrira la porte à la réunion du Congrès.

Cette phase très délicate de négociation sera essentiellement menée sous l'action et le contrôle du Président de la République. Il n'en reste pas moins que le Congrès est convoqué alors que l'obtention d'une majorité des trois cinquièmes est très incertaine. En effet, le Parti socialiste s'est raidi dans une opposition de principe, arguant que le texte ne va pas assez loin, notamment en abandonnant la réforme du Sénat et alors même qu'il est dans l'ensemble d'accord sur les mesures soumises au vote. Un certain nombre de députés de la majorité maintiennent une irréductible opposition, arguant du démantèlement des institutions de la Ve République. Les centristes sont divisés, l'abandon d'une perspective de recours à une dose de proportionnelle pour l'élection des députés justifiant l'opposition de certains. Il faudra toute la force et les moyens de conviction du chef de l'Etat pour limiter les défections majoritaires et rallier certains parlementaires de centre gauche. Le texte est adopté avec une voix de plus que la majorité requise, huit parlementaires du parti majoritaire ayant maintenu leur opposition et un seul parlementaire socialiste, par ailleurs membre du comité Balladur, ayant voté pour.

Ainsi est née aux forceps comme la République, à une voix de majorité, cette réforme de la Constitution, voulue par le Président de la République, largement écrite par un comité d'experts, amendée par le Parlement. Elle s'est imposée par la détermination de certains dans un contexte politique difficile et marqué par nombre d'archaïsmes. De ce point de vue, l'abandon des dispositions relatives au cumul des mandats et l'impossible réforme tant du corps électoral du Sénat que des pouvoirs de blocage de chacune des assemblées dans la procédure de révision constitutionnelle marquent les limites d'une « modernisation » des institutions. Il n'appartient pas à l'auteur de ces lignes de vanter ses mérites ou de regretter telle ou telle insuffisance, de même que l'étude spécifique des réformes fera l'objet des articles qui suivent. La seconde partie de cette analyse introductive aura simplement pour objet de tracer ce qui semble être quelques-unes des lignes de force de ce texte constitutionnel.

Une réforme d'envergure

La réforme constitutionnelle opérée peut s'analyser sous plusieurs angles. D'abord, elle marque un nouvel équilibre entre les pouvoirs. Elle transcrit également un certain nombre d'évolutions sociales touchant tant à la conception des droits fondamentaux qu'à celle de la démocratie. Par ailleurs, elle vise à améliorer sur certains points les conditions de la production normative.

Un nouvel équilibre entre les pouvoirs

Si la question des rapports entre le Président de la République et le Premier ministre est l'une de celles qui a fait couler le plus d'encre pour finalement ne pas aboutir à une modification du texte constitutionnel, ces rapports sont indirectement affectés par les dispositions concernant les rapports entre le Président de la République et le Parlement. Par ailleurs, la revalorisation du rôle du Parlement concerne directement le gouvernement. Enfin, nombre de dispositions traduisent un renforcement du rôle joué par les organes juridictionnels ou qui relèvent du champ juridictionnel.

L'impossible transcription constitutionnelle de la répartition des compétences entre les deux têtes de l'exécutif

Alors que la lettre de mission du Président de la République suggérait d'engager la réflexion sur une réécriture des articles 5 et 20 de la Constitution, les propositions faites par le comité Balladur en ce sens ont été écartées par le Président de la République. On peut ne pas en être excessivement chagriné. Si l'on voulait que la lettre constitutionnelle corresponde à la réalité institutionnelle, deux solutions étaient possibles. La première consistait à tenter de limiter drastiquement les hypothèses de cohabitation, notamment en prévoyant que l'Assemblée nationale serait automatiquement dissoute en cas de fin prématurée du mandat présidentiel, la dissolution de l'Assemblée nationale entraînant l'élection d'une assemblée pour la durée du mandat restant à courir de la précédente. Ces solutions se sont avérées difficiles à mettre en oeuvre, contestables dans leur principe et ne présentant pas de garantie absolue contre la survenance d'une éventuelle cohabitation. La seconde visait à réécrire la Constitution afin de prendre en compte le pouvoir éminent du Président de la République dans la détermination, ou la définition, de la politique de la Nation. Il se serait agi alors de tirer les conséquences textuelles de la réforme de 1962 (élection du Président de la République au suffrage universel direct) et de celle de 2000 (quinquennat et inversion du calendrier électoral). Elle ne créait au profit du Président aucune compétence nouvelle au regard de la pratique de la Ve République. Elle était susceptible de créer de graves complications en cas de cohabitation.

Le développement des rapports entre le Président de la République et le Parlement

La Ve République se rattache au système parlementaire en ce qu'elle fait du gouvernement et du Premier ministre l'interlocuteur du Parlement et opère une séparation stricte entre le Président de la République et le Parlement. Elle est proche des régimes présidentiels par le rôle joué par le Président de la République et par le mode d'élection de ce dernier, qui lui confère une légitimité équivalente à celle du Parlement. La réforme constitutionnelle modifie légèrement cet équilibre en créant de nouveaux rapports institutionnels entre le Président et le Parlement. D'abord, le Président pourra s'adresser au Congrès. Cette disposition, qui a focalisé l'attention, ne mérite probablement pas cet excès d'honneur. Si elle renforce la figure du Président dans un face-à-face symbolique, elle peut aussi l'affaiblir en fonction de la conjoncture politique et de la personnalité du Président. Elle conduit cependant le chef de l'Etat à s'immiscer dans une fonction traditionnellement réservée au chef du gouvernement. Une autre réforme, *a priori* d'une grande importance, conduit le Parlement à donner un avis, voire lui permet de s'opposer, à certaines des nominations, dont celles des membres du Conseil constitutionnel, effectuées par le Président de la République. C'est alors une relation directe entre le Président et la majorité parlementaire qui est ainsi mise en oeuvre. Elle peut également s'opérer au détriment, même si c'est de manière très indirecte, du Premier ministre. Enfin, l'information et le contrôle du Parlement sur l'emploi des forces armées sur

des terrains d'opérations extérieures concerne de fait le pouvoir de décision du Président de la République, alors même que la décision est formellement celle du gouvernement.

Cette évolution avait été amorcée par la réforme constitutionnelle de 2007 prévoyant la possibilité pour le Parlement de destituer le Président de la République en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions.

Si l'on ajoute à ces dispositions celles qui visent la limitation du nombre de mandats successifs, la limitation des conditions d'exercice du droit de grâce, le contrôle de l'utilisation prolongée de l'article 16 de la Constitution et l'abandon de la présidence du Conseil supérieur de la magistrature, l'exercice de la fonction présidentielle est nettement plus encadré qu'auparavant. La prise en considération de la prééminence présidentielle qui n'est nullement remise en cause, au contraire, s'accompagne logiquement de nouvelles dispositions visant à éviter l'arbitraire.

Un contrôle renforcé du Parlement sur l'action gouvernementale

C'est probablement ici que se situe le cœur de la réforme constitutionnelle. C'est aussi celle dont les résultats sont les plus incertains car ils dépendront autant de l'usage qu'en feront les parlementaires que de la nouvelle lettre constitutionnelle.

L'on peut estimer que les institutions de la Ve République ont pleinement satisfait à la volonté de renforcement de l'exécutif, d'efficacité et de stabilité affichée en 1958. Cette réalisation s'est appuyée sur un triptyque : le renforcement de la fonction présidentielle, le fait majoritaire et l'encadrement du Parlement, tant dans sa fonction législative que dans celle de contrôle. Il est apparu qu'aujourd'hui il était nécessaire de rétablir un nouvel équilibre, mais cette fois en faveur du Parlement. A partir du moment où les deux premiers tableaux du triptyque étaient maintenus, il a semblé possible et souhaitable de desserrer le carcan pesant sur le Parlement.

Ce renforcement de la fonction parlementaire s'exerce nécessairement par un renforcement du contrôle de l'action gouvernementale et une limitation des moyens dont dispose le gouvernement pour intervenir dans la fonction législative.

D'abord, l'affirmation solennelle de la fonction de contrôle et d'évaluation du Parlement revêt un caractère symbolique particulièrement fort, alors même qu'elle est assortie de dispositions plus précises oeuvrant en ce sens. Le Parlement retrouve une marge de manoeuvre perdue avec la faculté de voter des résolutions, la maîtrise d'une large partie de son ordre du jour ou encore le renforcement du rôle des commissions. Ce sont en effet les textes des projets de loi tels qu'amendés par la commission qui seront, en principe, discutés en séance publique. Dans le même sens, des procédures abrégées seront possibles pour l'adoption de certaines lois en permettant la limitation de l'exercice du droit d'amendement en commission. De son côté, le gouvernement peut se voir imposer par une loi organique la présentation d'études d'impact à l'appui des projets qu'il dépose et la discussion des projets de loi est soumise au respect d'un délai après leur dépôt. Il perd l'usage libre de la procédure de l'article 49, alinéa 3, réservée aux lois de finances, aux lois de financement de la sécurité sociale et à un autre texte par an, et les conférences des présidents pourront s'opposer au recours à une procédure accélérée.

Par ailleurs, la séparation stricte des fonctions gouvernementales et parlementaires est atténuée par la faculté offerte aux parlementaires devenus ministres de retrouver leur siège à l'issue de leurs fonctions gouvernementales.

La prise en compte implicite de l'existence d'un pouvoir juridictionnel

Si l'existence d'un pouvoir juridictionnel, écartée par le texte constitutionnel, mais implicitement reconnue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas formalisée par la révision, ce qui se justifie au regard de l'opposition politique qu'aurait rencontrée une telle reconnaissance, il n'en reste pas moins que les institutions juridictionnelles sortent renforcées de cette réforme. Ce renforcement ne concerne pas seulement la fonction

juridictionnelle, il concerne plus largement les autorités qui exercent une telle fonction.

Ainsi, le rôle de la Cour des comptes auprès du Parlement est-il renforcé. Les ordonnances échapperont moins facilement au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat à partir du moment où leur ratification ne peut plus s'opérer que de manière expresse. Le Conseil d'Etat pourra donner son avis sur certaines propositions de loi. Le Conseil constitutionnel se voit confier le contrôle préalable des référendums d'origine mixte, parlementaire et populaire, le contrôle de l'existence des documents devant accompagner les projets de loi et le contrôle, au-delà d'un certain délai, du maintien de la procédure de l'article 16 de la Constitution.

Mais ce sont essentiellement deux mesures qui sont, en la matière, emblématiques : la mise en place d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité et la réforme du Conseil supérieur de la magistrature.

- L'exception d'inconstitutionnalité

Le comité Balladur a consacré à cette question une réflexion, animée et approfondie. Dans son discours d'Epinal du 12 juillet 2007, le Président de la République place cette question parmi celles qui devront être étudiées dans le cadre de la réflexion qu'il lance sur la réforme des institutions. Il le fait en termes particulièrement prudents.

Si l'on admet que l'absence de mécanisme permettant d'écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle constitue à la fois un facteur d'affaiblissement de l'autorité de la Constitution et une violation d'un certain nombre d'exigences qui sont au coeur de l'Etat de droit et que la faculté que pourraient se reconnaître les juges ordinaires de contrôler la constitutionnalité de la loi est susceptible d'engendrer une certaine insécurité juridique, la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, ou de la question préjudicielle, et de la compétence du Conseil constitutionnel s'imposait. Curieusement, alors que lors des précédentes tentatives d'instauration d'un tel mécanisme les résistances s'étaient manifestées au Parlement, au nom d'une impossible « souveraineté » de la loi, les résistances semblent venir ici du sein de l'exécutif et des cabinets, à tel point que jusqu'au dépôt de l'avant-projet de loi, le maintien de cette proposition du comité était incertaine.

Le mécanisme retenu permet à tout justiciable de soulever la question de la constitutionnalité de la loi qui lui est opposée devant toute juridiction. Ladite juridiction saisit alors la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, selon l'ordre juridictionnel dont elle relève. Ces deux hautes juridictions peuvent alors saisir le Conseil constitutionnel. Le cas échéant, le Conseil ainsi saisi pourra abroger la disposition législative s'il l'estime contraire à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution, tout en pouvant moduler dans le temps et dans ses effets la portée de cette abrogation.

La question des filtres a été l'une de celles qui a conduit aux échanges les plus approfondis entre certains membres du comité particulièrement intéressés par cette question. Alors que la rédaction retenue par le comité aurait permis une saisine directe par la juridiction initialement saisie, le texte voté impose l'intervention des « cours régulatrices ». La question soulevée est logiquement limitée aux droits et libertés constitutionnels. Certaines questions devront être réglées par la loi organique (obligations pesant sur la juridiction saisie, fonctionnement des filtres, délai dont dispose le Conseil pour se prononcer), d'autres le seront plus probablement par le juge lui-même (possibilité d'invoquer un objectif constitutionnel ou seulement un droit subjectif ? Ce qui ne sera pas sans importance au regard, par exemple, de l'impact des principes contenus dans la Charte de l'environnement). Le risque d'encombrement du Conseil sera rapidement jugulé si l'on admet, ce qui paraît indispensable, que l'inconstitutionnalité d'une disposition jugée conforme à la Constitution dans le cadre du contrôle *a priori* ne pourra être soulevée *a posteriori* et une fois que les lois antérieures et non contrôlées auront fait l'objet d'un examen. Au surplus cette nouvelle procédure conduira probablement le Conseil à renforcer la portée du contrôle *a priori* et à poursuivre la juridicisation de la procédure déjà engagée. Enfin, une réflexion devra être conduite sur l'autorité des décisions du Conseil et notamment l'éventuelle reconnaissance d'une autorité de chose interprétée. Plus largement cette nouvelle procédure va renforcer la place du droit constitutionnel, non seulement au sein

du droit public, mais aussi dans l'ensemble des branches du droit. En ce sens, la riche jurisprudence du Conseil constitutionnel, encore mal connue de la plupart des praticiens, magistrats ou avocats, constituera une base indispensable au développement de ce contentieux.

- La réforme du Conseil supérieur de la magistrature

S'agissant du Conseil supérieur de la magistrature, la réforme devait prendre en compte plusieurs exigences : assurer l'indépendance de la magistrature, éviter le corporatisme judiciaire, assurer un mécanisme satisfaisant de responsabilité des magistrats. Le renforcement de l'indépendance de la magistrature se traduit par le fait de retirer la présidence du Conseil supérieur de la magistrature au Président de la République pour la confier, s'agissant de la formation des magistrats du siège et de la formation plénière au premier président de la Cour de cassation, et s'agissant de la formation compétente pour les magistrats du parquet au procureur général près ladite Cour. Le comité avait proposé, dans le souci d'éviter un éventuel procès en corporatisme, de confier la présidence à une personnalité n'appartenant ni à l'ordre judiciaire ni au Parlement. De même, la proposition du comité prévoyant que les magistrats seraient minoritaires au sein des deux formations du Conseil supérieur de la magistrature (celle chargée des magistrats du siège et celle chargée des magistrats du parquet) a suscité une forte opposition, que l'on n'oserait qualifier de corporatiste, chez les magistrats. C'est pourquoi le texte adopté abandonne cette figure pour les formations disciplinaires. Par ailleurs, le Conseil supérieur de la magistrature devra donner son avis pour les nominations de l'ensemble des membres du parquet.

Une amélioration des conditions de la production législative et du fonctionnement de l'Etat
Le comité Balladur s'est montré soucieux non seulement de renforcer le rôle du Parlement mais aussi de mettre en oeuvre des mécanismes propres à améliorer la qualité de la production législative. Certains dispositifs, non retenus dans le projet de loi, ont été réintroduits lors de la discussion parlementaire, il en est ainsi de la possibilité d'instaurer par voie de loi organique une obligation de dépôt par le gouvernement d'études d'impact, assortie d'un contrôle par le Conseil constitutionnel. Relèvent de la même logique les dispositions selon lesquelles les présidents des assemblées pourront saisir pour avis le Conseil d'Etat des propositions de loi. La volonté que soit assuré un meilleur respect des exigences des articles 34 et 37 a conduit à prévoir que le président de l'assemblée saisie, et non plus seulement le gouvernement, puisse opposer une irrecevabilité à une proposition ou à un amendement ne relevant pas du domaine de la loi. Cette réforme, outre sa portée pratique qui restera à apprécier, présente sur le plan des principes un intérêt particulier. En effet, dans sa jurisprudence *Prix et revenus* de 1984, le Conseil constitutionnel justifie son refus de contrôler le respect des compétences prévues par les articles 34 et 37 de la Constitution, essentiellement par l'argument selon lequel ces dispositions n'auraient pour objet que d'armer le gouvernement afin qu'il puisse, s'il le souhaite, assurer la défense du domaine de compétence que lui réserve la Constitution. Or le fait d'ouvrir également cette prérogative aux présidents des assemblées s'oppose à cette logique et tend à « objectiver » cette répartition des compétences. Il serait souhaitable que le Conseil constitutionnel puisse engager une réflexion sur un éventuel infléchissement de sa jurisprudence sur cette question (v., B. Mathieu, *La part de la loi, la part du règlement, Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 73). La qualité du débat parlementaire est également soutenue par l'instauration de délais devant s'écouler entre le dépôt d'un texte et son inscription, en première lecture, à l'ordre du jour. Dans le même sens, la faculté de recourir à des résolutions parlementaires pourra conduire à purger les lois des dispositions non normatives qui souvent les encombrant.

Relève aussi d'un souci d'amélioration du fonctionnement de l'Etat et de sa gestion, l'insertion presque subreptice, au détour de l'article 34 de la Constitution de la formule selon laquelle les lois de programmation « s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques ». De même, le texte adopté pose le principe de régularité et de sincérité des comptes des administrations publiques. S'il s'agit d'une version édulcorée de la « règle d'or » (selon laquelle le budget ne peut être voté en déficit, s'agissant tout du moins des dépenses de fonctionnement), que le Président Sarkozy souhaitait inscrire dans la

Constitution, un signal en ce sens est donné tant au gouvernement et aux parlementaires et dont le Conseil constitutionnel pourrait se saisir.

En revanche, la structure des collectivités territoriales est l'oubliée de la réforme. Le comité avait considéré que faute de temps et d'incitation à se saisir de cette question, il ne proposerait pas de réforme en la matière, ce qui ne valait pas satisfecit pour la situation actuelle. Outre de micro dispositions sur l'outre-mer le texte n'en modifie pas l'architecture. C'est une réforme qui s'imposerait, à la suite d'une réflexion approfondie, mais qui risque de se heurter à bien des conservatismes et à des situations acquises. Pour compliquer encore la donne politique, mais au nom de la cohérence peut-être, ce serait une bonne occasion de rouvrir le débat, ici encore refermé, sur le cumul des mandats.

Enfin les relations entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire évoluent par petites touches.

Les droits et libertés et la démocratie

Un certain nombre de dispositions initialement prévues dans le projet de loi ou ajoutées au cours des débats parlementaires manifestent l'adaptation de la Constitution à l'air du temps, ce qui ne conduit pas à nier l'importance de certaines d'entre elles.

- De nouveaux droits fondamentaux

C'est de manière timide, subreptice que certains droits sont inscrits dans la Constitution. Le comité avait engagé une réflexion sur la nécessité d'étendre ses travaux à la révision des préambules afin d'y consacrer des droits ou des devoirs nouveaux ou de supprimer certaines dispositions jugées obsolètes. La notion de « principes particulièrement nécessaires à notre temps » inscrite dans le Préambule de la Constitution de 1946 aurait pu constituer un ancrage logique à une telle rénovation. Le débat a notamment porté sur la question de la sécurité juridique. Il avait été proposé d'insérer dans l'article 34 de la Constitution une disposition selon laquelle « sauf motif déterminant d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir ». D'autres principes ont été discutés, tel le principe de dignité humaine. La parité, le droit de vote des étrangers, la reconnaissance des langues locales... ont été invoqués sans qu'un consensus se dégage et alors que les délais impartis au comité ne permettaient pas d'engager la réflexion approfondie que de tels sujets exigent. C'est d'ailleurs pourquoi le Président de la République a chargé une commission présidée par Simone Veil de réfléchir à ces questions de parité, de diversité et à propos de principes applicables en matière de bioéthique. Cette commission devait rendre son rapport début juillet. Ses travaux ayant pris du retard, ils n'ont pu être pris en compte ni même évoqués dans le débat constitutionnel. Cependant les parlementaires ont coupé l'herbe sous le pied à la commission sur certains de ces sujets, notamment en introduisant à l'article 1er de la Constitution la faculté pour la loi de favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux responsabilités professionnelles et sociales et en évoquant, dans le cadre des dispositions relatives aux collectivités territoriales, les langues régionales comme appartenant au patrimoine de la France. Cette insertion, un peu curieuse, vise certainement à limiter la portée symbolique de cette reconnaissance, à laquelle la constitutionnalisation de la francophonie paraît constituer un contrepoids. C'est aussi de manière subreptice que le principe de liberté, de pluralisme et d'indépendance des médias entre dans la Constitution par la petite porte de l'article 34 de la Constitution. Enfin, la protection de l'environnement, déjà constitutionnalisée par la Charte, renforce sa présence dans la Constitution en entrant dans le champ de compétence du référendum de l'article 11 de la Constitution et dans celui du Conseil économique, social... et environnemental.

Enfin, la création du Défenseur des droits relève autant de la protection desdits droits que de la rationalisation de la structure des autorités administratives indépendantes à condition qu'il ait vocation à fédérer toutes les autorités intervenant en ce domaine (Halde, médiateur, défenseur des enfants, contrôleur général des lieux de privation de liberté, récemment créé...). Ce n'est qu'à cette condition, dont la réalisation est encore incertaine, que cette

création aura une réelle portée.

- De nouvelles formes d'expression démocratique

La crise de la démocratie représentative est un des thèmes de prédilection du débat politique et constitutionnel. De ce point de vue, le texte constitutionnel reconnaît l'existence de l'opposition et introduit dans la Constitution quelques éléments qui ont vocation à permettre une intervention plus directe des citoyens dans la vie politique et institutionnelle.

D'abord, à l'article 4 de la Constitution est ajouté un alinéa selon lequel « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». Ce qui peut paraître une pétition de principe pourrait, le cas échéant, être invoqué à l'occasion d'une révision des modes de scrutin qui irait à l'encontre de cet objectif. L'opposition parlementaire est constitutionnellement mentionnée et peut se voir reconnaître certains droits, ce à quoi l'actuelle Constitution, dans la lecture qu'en a donnée le Conseil constitutionnel, faisait obstacle. Mais de manière générale, malgré la réserve d'un jour de séance par mois à l'ordre du jour arrêté à l'initiative des groupes d'opposition et minoritaires, les dispositions votées sont en retrait par rapport aux propositions du comité Balladur.

Le découpage des circonscriptions devra être opéré par une commission indépendante.

Mais c'est aussi l'intervention directe des citoyens qui est prévue par le texte. D'abord au travers du référendum d'initiative mixte (parlementaire et populaire), mais aussi par la possibilité ouverte aux citoyens de saisir le Conseil supérieur de la magistrature ou le Défenseur des droits ou, encore d'adresser des pétitions au Conseil économique, social et environnemental. Il en est ainsi encore de la faculté offerte au justiciable de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi.

D'importance inégale, ces dispositions traduisent une volonté de faire du citoyen un acteur constitutionnel, préfiguration de nouvelles formes de démocratie participative ou témoignage d'essoufflement de nos instances démocratiques.

Cette réforme ne change pas la nature des institutions de la Ve République. Elle tire les conséquences de révisions antérieures et rétablit l'équilibre institutionnel en faveur du Parlement. Elle modernise les institutions, en ce sens qu'elle introduit, prudemment, de nouveaux mécanismes institutionnels. Elle modifie aussi la place de la Constitution dans la pratique juridique et juridictionnelle, les praticiens du droit devront intégrer la norme constitutionnelle comme ils ont intégré les normes européennes. Pour nombre de ses dispositions, leur portée dépendra du contenu des nombreuses lois organiques qui devront être adoptées, mais plus encore, s'agissant notamment du droit parlementaire, des pratiques qu'elle fera naître. Elle constitue incontestablement une chance pour la Ve République. En effet, un échec de la révision aurait probablement fermé la porte à toute réforme d'envergure et ouvert celle, plus éloignée, d'un changement de République, pour lequel l'esprit de système, oublieux de la vertueuse ambiguïté des institutions de la Ve République, aurait pu conduire à des blocages institutionnels susceptibles de résulter d'un régime présidentiel ou à l'instauration d'un pouvoir faible que peut engendrer un système parlementaire traditionnel. Dans un monde incertain, la Ve République n'a probablement pas encore épuisé ses vertus.

Pour en savoir plus

- Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République. Une Ve République plus démocratique, Fayard, 2008 ;

- Du nouveau dans la Constitution, LPA 2008, numéro spécial, n° 97 ;

- Après le comité Balladur, réviser la Constitution en 2008 ?, RFDC 2008, numéro hors série ;

- Révision de la Constitution, la République renouée, JCP 2008, numéro spécial, n° 31 ;

- Association française de droit constitutionnel, 1958-2008, cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008 ;

- H. Hourdin et B. Mathieu, Clarifier la répartition des pouvoirs au sein de l'exécutif, renforcer le Parlement et donner de nouveaux droits aux citoyens (Entretien), JCP 2007. I. 201 ;

- B. Mathieu, De la saisine du Conseil constitutionnel par voie d'exception, réflexions à partir des propositions du « comité Balladur », Justice et cassation, Dalloz, 2008, p. 131 ;

- Sur les travaux et les auditions conduites par le « comité Balladur », voir le site www.comite-constitutionnel.fr

Mots clés :

CONSTITUTION * Révision constitutionnelle * Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 * Nature du régime

CONSTITUTION * Révision constitutionnelle * Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 * Droits fondamentaux et libertés publiques

(1) L'AJDA, dans son n° 34/2008, a consacré un dossier sur « L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Agnès Roblot-Troizier, L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés, p. 1866

- Pierre-Yves Gahdoun, L'amélioration de la fabrication des lois, p. 1872

- Michel Verpeaux, Question préjudicielle et renouveau constitutionnel, p. 1879

- Pierre-Olivier Caille, L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, p. 1887