

DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de M. le Professeur Arnel LE DIVELLEC

Séance n° 19

Révisions formelles et informelles de la Constitution

Objet de la Séance :

Cette séance vise à comprendre les ressorts complexes et parfois subtils, de la notion de constitution – ou, mieux : de l'ordre constitutionnel – et de sa dynamique. Dans les systèmes dotés d'une constitution formelle et rigide, on laisse souvent entendre que la révision constitutionnelle formelle (c'est-à-dire la modification du texte) est la principale (voire l'unique) source de transformation. Et il est vrai que le texte constitutionnel du 4 octobre 1958 a été remanié plus d'une vingtaine de fois (la dernière en date, adoptée le 4 mars 2024). On notera au passage qu'il existe toutefois certaines ambiguïtés en France tenant au fait que, réputée acte de volonté du souverain, la constitution formelle a été le plus souvent modifiée par ses représentants, le juge constitutionnel ayant renoncé à exercer ici un contrôle. G. Vedel a d'ailleurs fait de cette réserve un élément déterminant de la légitimité du juge constitutionnel.

D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que le caractère dit rigide du texte constitutionnel est loin de rendre statique l'ordre constitutionnel : la réinterprétation d'un texte constitutionnel par un interprète authentique ou autorisé, ainsi qu'un ensemble particulier de pratiques et de faits peuvent également le transformer profondément et durablement, non seulement dans son équilibre général mais également sur le fond du droit positif. C'est notamment le phénomène des révisions informelles ou mutations de la constitution déjà abordé au premier semestre. La décision rendue le 16 juillet 1971 par le Conseil constitutionnel (DC 71-44), ou l'apparition d'un sentiment de responsabilité du premier ministre envers le président, en sont les exemples les plus parlants. Plus généralement, les questions d'interprétation des énoncés du texte constitutionnel par des organes constitutionnels – juridictionnels ou non – posent quotidiennement le problème de leur sens normatif. Pareillement, certains phénomènes politiques (fait majoritaire, harmonie entre les majorités parlementaires et les Présidents de la République, notamment), dont la pérennité n'est jamais acquise, peuvent affecter l'ensemble de l'ordre, en particulier son système de gouvernement.

Ainsi marquée par de telles évolutions, la V^e République est bien un ordre constitutionnel « vivant ». Sa longévité a certainement été permise par sa ductilité (dans la forme comme dans le fond).

Date de distribution : semaine du 25 mars 2024

Date d'utilisation : semaine du 1^{er} avril 2024

Articles du Dictionnaire du droit constitutionnel à consulter

Assemblée constituante ; bloc de constitutionnalité ; Cinquième République ; cohabitation ; Comité consultatif constitutionnel ; **Congrès** ; consensus ; considérant ; **constitution** ; **constitutionnalisation** ; convention ; **convention de la constitution** ; coup d'État ; **coutume** ; **démocratie-3** ; dissolution-3 ; dyarchie ; exigence constitutionnelle ; gouvernement ; identité constitutionnelle ; légicentrisme ; **loi constitutionnelle** ; **loi organique** ; **loi référendaire** ; majorité ; nation ; objectif ; **ordre constitutionnel** ; **parité** ; parlementarisme majoritaire ; peuple ; **pouvoir constituant** ; **pouvoir de révision** ; pouvoir exécutif ; préambule ; président de la République ; **principes** ; quinquennat ; **referendum** ; **régime parlementaire** ; régime présidentiel ; régime semi-présidentiel ; **révolution** ; **supraconstitutionnalité** ; travaux préparatoires.

Bibliographie

AVRIL Pierre, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Ve République », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, pp. 5-16, disponible en ligne : <https://revue-pouvoirs.fr/Introduction.html>

BARANGER Denis, « Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalité », *Jus Pol*, n°21 ><http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>

BEAUD Olivier, « Les mutations de la Ve République, ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, pp. 19-31, disponible en ligne : <https://revue-pouvoirs.fr/Les-mutations-de-la-Ve-Republique.html>

CARCASSONNE Guy, « Immuable V^e République », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, pp. 27-35, <https://revue-pouvoirs.fr/Immuable-Ve-Republique.html>

CAMBY Jean-Pierre, *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?* LGDJ, 2011.

DENQUIN Jean-Marie, *La monarchie aléatoire, essai sur les constitutions de la Ve République*, PUF, Béhémoth, 2001, pp. 141-143.

LASCOMBE Michel, « La V^e République se meurt, la V^e République est morte », *Constitutions et pouvoirs : mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien-Lextenso, pp. 291-304.

LE DIVELLEC Armel, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la constitution » et système de gouvernement) », *Droits*, n° 44, 2007, pp. 101-137. (Consultable sur a-ledivellec.net/Publications/Articles)

LE DIVELLEC Armel, « A la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution », in *Les mutations constitutionnelles*, Société de Législation comparée, Coll. Colloques", vol. 20, 2013, p 17-46. (Consultable sur a-ledivellec.net/Publications/Articles)

VEDEL Georges (dir.), « Rapport remis au Président de la République, le 15 février 1993, par le Comité consultatif pour la révision de la constitution », *Journal officiel*, 13 février 1993, pp. 2537-2555. Lien : http://www.senat.fr/evenement/revision/rapport_vedel.pdf

Documents :

I. La logique de suprématie de la constitution formelle-rigide et ses ambiguïtés

Document n° 1 : A. LE DIVELLEC, « Un ordre constitutionnel confus », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris, Litec, 2008, p. 147-158 (extraits).

II. La révision constitutionnelle formelle et le juge constitutionnel

Document n° 2 : Tableau récapitulatif des révisions constitutionnelles intervenues sous la V^e République.

Document n° 3 : Conseil constitutionnel, Séance du 6 novembre 1962 relative à la Décision n° 62-20 DC, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113-124 (extraits).

Document n° 4 : Conseil constitutionnel, Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962.

Document n° 5 : G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue Française de Droit Administratif*, mars-avril 1992, p. 173 et s. (extraits).

Document n° 6 : Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003.

Document n° 7 : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Raisons et déraison dans l'interprétation de la Constitution », *JP Blog*, 14 mars 2023 (extraits).

Document n° 8 : O. BEAUD, « Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement », *JP Blog*, 1 avril 2023 (extraits).

III. Réviser de manière formelle ou informelle le système de gouvernement de la V^e République ?

Document n° 9 : O. BEAUD, « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4 (n° 99), p. 19-31.

Document n° 10 : A. LE DIVELLEC, « Présidence de la République et réforme constitutionnelle : l'impossible « rationalisation » du présidentielisme français », in J. DE MAILLARD, Y. SUREL (dir.), *Les politiques publiques sous Nicolas Sarkozy*, Paris, Presses de Science-Po, 2012 (extraits).

I. La logique de suprématie de la constitution formelle-rigide et ses ambiguïtés

Document n° 1: A. LE DIVELLEC, « Un ordre constitutionnel confus », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris, Litec, 2008, p. 147-158 (extraits).

a) Relativité du caractère formel et rigide de la constitution

[...]La Constitution formelle de 1958, d'autre part, satisfait en apparence aux exigences doctrinales du caractère de la rigidité (dont il faut rappeler qu'il est conceptuellement distinct du caractère formel : il existe des constitutions formelles « souples ») : le texte constitutionnel ne peut être explicitement modifié que par l'adoption d'une loi constitutionnelle spécifique adoptée selon une procédure différente de la procédure législative ordinaire (on laisse de côté ici la question particulière et problématique de la révision d'octobre 1962 et du référendum de 1969). Or, force est de noter que cette « rigidité » est, en réalité, faible voire illusoire. S'inscrivant dans la continuité d'une tradition remontant au moins à 1875, elle est sous-tendue par le primat du caractère essentiellement représentatif dominant (avec des éclipses, certes) le constitutionnalisme français depuis 1789. Le référendum ratifiant une révision peut être évité : les organes représentatifs ordinaires peuvent conserver la maîtrise entière du processus et les majorités parlementaires requises sont, finalement, très peu exigeantes : majorité simple dans chaque chambre, majorité des 3/5^e des suffrages exprimés (et non de l'effectif légal), ce qui est bien peu et a permis plus d'une fois à une majorité gouvernementale monocolore d'opérer seule le contenu de la révision (le cas le plus critique étant celui de novembre 1993 à propos du droit d'asile, car il était conflictuel et l'opposition ne disposait pas d'effectifs suffisants pour bloquer la révision). En l'occurrence, on sait que non seulement les révisions se sont multipliées depuis 1992 (18 en 16 ans) et qu'elles ont toutes (sauf deux) ont été adoptées par la voie du Congrès, si bien que la Constitution formelle ne bénéficie plus véritablement d'une réelle stabilité et, quoique réputée acte du peuple souverain, est à la disposition de ses représentants.

Plus encore : l'opération légi-constituante, même lorsque réalisée par les représentants (et non par le souverain lui-même), n'est pas contrôlée par le juge (décision n°2003-469 DC 26 mars 2003), qui pratique ici une autolimitation que l'on peut trouver sage d'un certain point de vue, mais qui n'est pas absolument évidente au regard de la raison d'être des constitutions formelles et rigides censées protéger les plus hautes volontés d'un peuple souverain. On aboutit un peu curieusement à un système qui, tel que pratiqué, signifie une sorte de « souveraineté congressionnelle » *de facto* : le peuple est évacué par ses représentants qui peuvent, sans contrôle juridictionnel, instrumentaliser la constitution formelle.

b) La Constitution « vivante » et la relativité de l'écrit

Il est un autre ordre de considérations qui accentuent la relativité de la Constitution formelle (ici plus spécialement dans son caractère de constitution *écrite*) : il s'agit de la prise de conscience croissante que le texte constitutionnel est, par lui-même, fort peu de choses pour déterminer le droit effectivement et concrètement en vigueur. L'effectivité nouvelle procurée à la Constitution de 1958 par le contrôle exercé (principalement) par le Conseil constitutionnel impliquait moins une restauration du texte qu'une mutation : le passage à une constitution en grande partie « jurisprudentielle », phénomène d'ailleurs perçu et admis par le courant doctrinal qui a célébré le renouveau de la Constitution française. Celle-ci est donc vue dans une perspective dynamique et non plus seulement statique, comme un acte vivant (on songe évidemment au thème de la « living constitution » depuis longtemps en vogue aux Etats-Unis) qui relègue au second plan la constitution en tant qu'acte écrit. Le succès des théories réalistes de l'interprétation a conforté ce constat empirique qu'il était désormais indispensable de se référer à la jurisprudence

constitutionnelle pour identifier le droit constitutionnel en vigueur. Sous ce rapport, la France a ainsi rejoint le cheminement de nombre de démocraties constitutionnelles voisines dotées d'une justice constitutionnelle importante.

Toutefois, la prise de conscience de cette évolution - inévitable, à vrai dire - a entraîné un déplacement et surtout une réduction considérable du regard porté sur la constitution : parce que le contrôle exercé par le juge constitutionnel concerne en grande partie les droits et libertés des citoyens, certains en ont conclu que ces matières constituaient la partie la plus importante du droit constitutionnel, négligeant ce qui faisait l'objet premier des constitutions modernes : la mise en forme du pouvoir politique. De plus, le développement de la justice constitutionnelle a tendu à reléguer dans l'ombre ce qui ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel, comme si le droit était réductible à ce qui est sanctionné juridictionnellement et comme si le juge détenait une compétence illimitée, lui permettant d'intervenir sur l'intégralité des matières du champ de la constitution. A l'encontre de telles simplifications, il convient de rappeler cette évidence qu'une portion importante, peut-être même la plus importante, de la matière constitutionnelle échappe totalement à l'intervention du juge. La régulation des rapports entre les principales institutions de gouvernement se réalise essentiellement par d'autres voies ; bien souvent, elle ne passe pas par l'application d'une norme prédéterminée, par la conformité d'un acte à une règle supérieure ; elle relève bien plus d'un ensemble de relations dynamiques et complexes, qui n'est pas réductible aux seules normes juridiques.

Quoi qu'il en soit, et même si l'on ne veut pas souscrire à une conception radicale de l'interprétation comme acte de création, il n'en demeure pas moins que le texte constitutionnel, la Constitution formelle, n'est et ne saurait être qu'un support à partir duquel se déploie la vie constitutionnelle concrète, bref la Constitution réelle.

II. La révision constitutionnelle formelle et le juge constitutionnel

Document n° 2 : Tableau récapitulatif des révisions constitutionnelles intervenues sous la Vème République

N°	Publication au JO	Intitulé officiel	Objet de la révision	Procédure
1	8 juin 1960	Loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960 tendant à compléter les dispositions du titre XII de la Constitution	Indépendance des Etats africains et malgache membres de la Communauté (art. 85, 86)	Ancien article 85 de la Constitution
2	7 novembre 1962	Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel	Election du président de la République (art. 6, 7)	Article 11 (référendum direct)
3	31 décembre 1963	Loi constitutionnelle n° 63-1327 du 30 décembre 1963 portant modification des dispositions de l'article 28 de la Constitution	Date des sessions parlementaires (art. 28)	Article 89 (Congrès)

4	30 octobre 1974	Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution	Extension du droit de saisine du Conseil constitutionnel (art. 61)	Article 89 (Congrès)
5	19 juin 1976	Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 modifiant l'article 7 de la constitution	Modification des règles de la campagne électorale des élections présidentielles - en cas de décès ou d'empêchement d'un candidat (art. 7)	Article 89 (Congrès)
6	26 juin 1992	Loi n°92-554 du 25 juin 1992 constitutionnelle ajoutant à la Constitution un titre " Des Communautés européennes et de l'Union européenne "	Dispositions permettant la ratification du traité de Maastricht signé le 7 février 1992 (créé art. 88-1 à 88-4, complète art. 2, 54, 74)	Article 89 (Congrès)
7	28 juillet 1993	Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII	Création de la Cour de Justice de la République (créé art. 68-1, 68-2 ; modifie art. 65, 68)	Article 89 (Congrès)
8	26 novembre 1993	Loi constitutionnelle n° 93-1256 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.	Droit d'asile (créé art. 53-1)	Article 89 (Congrès)
9	5 août 1995	Loi constitutionnelle n° 95-880 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.	Crée art. 68-3. Modifie art. 1 ^{er} , 5, 11, 12, 26, 28, 48, 49, 51, 70. Abroge Titres XIII et XVII	Article 89 (Congrès)
10	23 février 1996	Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale	Lois de financement de la sécurité sociale (créé art. 47-1; complète art. 34, 39)	Article 89 (Congrès)
11	21 juillet 1998	Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie	Dispositions permettant la mise en œuvre des accords de Nouméa du 5 mai 1998	article 89 (Congrès)

			(rétablissement modifié du titre XIII : art. 76, 77)	
12	26 janvier 1999	Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution	Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (modifie art. 88-2, 88-4)	Article 89 (Congrès)
13	9 juillet 1999	Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale	Dispositions permettant de reconnaître la cour pénale internationale prévue par le Traité de Rome signé le 18 juillet 1998 (crée art. 53-2)	Article 89 (Congrès)
14	9 juillet 1999	Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes	Complète art. 3 et 4	Article 89 (Congrès)
15	3 octobre 2000	Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République	Quinquennat (modifie art. 6)	Article 89 (Référendum)
16	26 mars 2003	Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen	Complète art. 88-2	Article 89 (Congrès)
17	29 mars 2003	Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République	Référendum local, expérimentation par les collectivités territoriales et finances locales (crée art. 72-1 à 72-4, 74-1; modifie art. 1 ^{er} , 7, 13, 34, 37, 39, 60, 72 à 74)	Article 89 (Congrès)
18	2 mars 2005	Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1 ^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution	Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004 (crée art. 88-5; complète art. 60, 88-1)	Article 89 (Congrès)
19	2 mars 2005	Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 ^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement	Introduction dans le Préambule de la Charte de l'environnement de 2004 (complète al. 1 ^{er} du préambule et art. 34)	Article 89 (Congrès)

20	24 février 2007	Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution	Corps électoral de Nouvelle-Calédonie (complète art. 77)	Article 89 (Congrès)
21	24 février 2007	Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution	Statut pénal du président de la République (modifie Titre IX : art. 67, 68)	Article 89 (Congrès)
22	24 février 2007	Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort	Interdiction de la peine de mort (créé art. 66-1)	Article 89 (Congrès)
23	5 février 2008	Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution	Traité de Lisbonne du 14 décembre 2007 (modifie Titre XV : art. 88-1 à 88-7)	Article 89 (Congrès)
24	24 juillet 2008	Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République	Crée Titre XI bis (art. 71-1), art. 34-1, 47-2, 50-1, 51-1, 61-1, 75-1, 87; Modifie Titre XI, art. 3, 4, 11, 17, 18, 24, 25, 34, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 47-1, 48, 49, 62, 65, 69, 70, 71, 73, 74-1, 88-4, 88-5, 89; Complète art. 1er, 6, 11, 13, 16, 25, 35, 38, 44, 56, 72-3)	Article 89 (Congrès)
25	4 mars 2024	Loi constitutionnelle n°2024-du mars 2024 relatif à la liberté de recourir à l'I.V.G.	Complète art. 34	Article 89 (Congrès)

Document n° 3 : Conseil constitutionnel, Séance du 6 novembre 1962 relative à la Décision n° 62-20 DC, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113-124 (extraits)

« Le Conseil est réuni à 11 heures dans la grande salle des séances. [...] M. le président Léon Noël proclame solennellement les résultats définitifs du référendum du 28 octobre, relatif au projet de loi concernant l'élection du Président de la République au suffrage universel¹ [...] »

« La séance est ouverte à 15h30. [...] **M. le président Léon Noël**² fait connaître que, par lettre du 3 novembre, M. le Président du Sénat [G. Monnerville], se fondant sur l'article 61 de la

¹ Approuvé par 62,2 % des suffrages exprimés.

² Président du Conseil constitutionnel, nommé par le Président de la République C. de Gaulle en mars 1959.

Constitution¹, défère au Conseil le texte de la loi, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel qui a été adopté par le référendum du 28 octobre et demande qu'il soit déclaré non conforme à la Constitution.

Le rapporteur est **M. Michard-Pellissier**². Celui-ci précise que la question principale qui se pose au Conseil est celle de la recevabilité de la demande et analyse l'argumentation présentée à cet égard par M. Monnerville. Après avoir rappelé, dit-il, que l'article 61 dispose que les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de l'une ou l'autre assemblée, M. Monnerville examine la nature juridique de la loi soumise à notre contrôle et la qualifie d'ordinaire, en se fondant non sur sa substance mais sur son intitulé : « *Projet de loi relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel* » ; il en conclut que dès lors, il ne peut pas s'agir d'une loi constitutionnelle ou d'une loi organique ; que le fait qu'elle ait été adoptée par référendum ne change rien à cet égard et ne saurait donc faire échec à la compétence du Conseil. Tel est le raisonnement juridique de M. Monnerville. [...]

M. Michard-Pellissier poursuit : Il y a lieu de rappeler – c'est un point essentiel – que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi si la Constitution ne le prévoit pas explicitement. Il n'a qu'une compétence d'attribution. [...] Nous arrivons ainsi à la question principale : l'alinéa 2 de l'article 61 s'applique-t-il à toutes les lois ? [...] Ce que le constituant a voulu, en créant le Conseil, c'est contrôler l'activité parlementaire. [...] Toute l'activité essentielle du Parlement, se trouve soumise à des contrôles par le moyen des articles 41, 46 et 61. [...] Il ne saurait en être de même pour les lois de référendum. Quelle que soit l'interprétation que vous donniez à l'article 11³, l'objet des textes pouvant être soumis à référendum paraîtra toujours plus large que celui d'une loi ordinaire. Et surtout le vote de la Nation leur donne une autorité particulière. [...] En réalité, les pouvoirs que nous avons en matière de référendum sont prévus à l'article 60⁴. Ce sont ceux que nous avons exercé hier et ce matin. Là s'arrête le champ d'action que nous a tracé la Constitution. Le rôle du Conseil serait mal établi s'il en était autrement, s'il pouvait – après avoir, le matin, proclamé les résultats d'un référendum – dire, l'après-midi qu'il n'est pas conforme à la Constitution. Ceci me paraît essentiel. [...] Mais, au surplus, si on étudie attentivement les textes, on constate que jamais il n'a été question – ni de près ni de loin – de soumettre au Conseil constitutionnel une loi votée par référendum. [...]

M. le président Coty⁵ déclare : il y a sous-jacente à ce rapport une théorie qui est la suivante : quand le peuple souverain s'est prononcé, tous – Conseil constitutionnel compris – n'ont plus qu'à se taire. C'est une doctrine. Est-ce la doctrine de la Constitution ? C'est la seule question que nous devons examiner. Peut-on supposer que lorsque le souverain a décidé dans un cas non prévu par la Constitution, aucun contrôle ne soit possible ? [...] Quel que soit le respect

¹ Les deux premiers alinéas de l'article 61 alors en vigueur sont ainsi rédigés : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre ou le Président de l'une ou l'autre assemblée... »

² Membre du Conseil constitutionnel nommé par le Président de l'Assemblée nationale J. Chaban-Delmas en mars 1959.

³ Article 11 alors en vigueur : « *Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.*

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent ».

⁴ Article 60 alors en vigueur : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations du référendum et en proclame les résultats ».*

⁵ Ancien Président de la V^e République, et à ce titre membre de droit du Conseil constitutionnel.

que j'ai pour la sagesse populaire, j'imagine (il suffit d'évoquer l'engouement des foules pour certaines vedettes) que, dans x années, un Président de la République soit élu, qui ait le désir de se débarrasser des assemblées. Invoquant l'article 11, il pourra abolir la Constitution par plébiscite, établir un régime qui ne sera plus la République. Voilà où vous aboutissez. [...] Il convient de présenter une observation. Vous opposez le recours dont nous sommes saisis au vote du peuple. Mais ce dont nous sommes saisis c'est la question de savoir si la procédure utilisée – celle de l'article 11 – l'a été à bon droit. Il n'y a pas, à cet égard, de conflit avec le verdict populaire. Allez-vous dire que c'est sur cela que le peuple français a statué, sur le point de savoir si c'était l'article 89 ou l'article 11 qui devait s'appliquer ? [...] Serions-nous en contradiction avec le verdict populaire si nous disions : cela n'est pas conforme à la Constitution ? Il y a des cours souveraines : la cour d'assises, par exemple, qui comporte un jury populaire. Aucune juridiction ne peut infirmer ses verdicts. Cependant la Cour de cassation peut annuler un de ses jugements pour irrégularité de procédure. Nous jouons ici le rôle de la Cour de cassation. Nous sommes appelés à nous prononcer sur la régularité de la procédure. [...]

Je me résume d'un mot : toutes les lois, sans exception, si elles sont inconstitutionnelles, peuvent être soit évoquées d'office – c'est le cas des lois organiques – soit portées devant le Conseil. S'il y avait une exception cela se saurait. Le constituant peut avoir oublié de préciser les conditions de saisine du Conseil dans le cas du référendum car il ne s'est pas beaucoup préoccupé du référendum. Mais qu'on n'amoindrisse pas le Conseil constitutionnel ! C'est quelque chose que le Conseil constitutionnel tout de même ! [...]

M. Cassin¹ déclare : Le refus d'examiner une loi référendaire créerait une fissure béante dans l'exercice de notre contrôle. [...] Par l'article 11, on peut faire une révolution légale. Vous avez le droit d'envisager une révolution. Mais vous n'avez pas le droit d'en mettre le principe dans la Constitution. [...] Si vous dites que le Conseil est incompetent, vous ouvrez la porte à tous les abus. Il y aurait là un danger terrible pour notre pays. Si nous avons pu trouver un moyen de sanctionner sans annuler, il faudrait le faire. Mais décider que le vote du peuple couvre tout, c'est grave. [...] Je demeure très réticent à supprimer toutes les barrières. Le peuple s'est lui-même tracé des règles. Si on ne les respecte pas, on va ouvrir des brèches par où la Constitution sera emportée. Si nous n'y faisons pas obstacle, l'institution du référendum périra et les lois votées seront constamment remises en question. [...]

M. Michard-Pellissier : Mon rôle est à la fois compliqué et facilité par la diversité des interventions qui ont été faites. Je continuerai à me cantonner dans la question de savoir si nous sommes ou non compétents. [...] Certains ont adopté cette pétition de principe, que la Constitution est toujours parfaite. Nous sommes obligés de nous rendre compte peu à peu qu'elle a des lacunes. Pourquoi n'en aurait-elle pas sur les conditions de cette recevabilité ? Si le problème avait été envisagé, on aurait créé un contrôle préalable, pour ne pas mettre le Conseil constitutionnel dans cette position inconfortable d'empêcher à quatre heures du soir, un texte d'être promulgué, après avoir, le matin proclamé les résultats de son vote. Quel que soit le désir que l'on ait de voir s'étendre le rôle du Conseil constitutionnel, il n'en demeure pas moins que celui-ci a une compétence d'attribution. Il convient donc de savoir si un texte nous donne compétence : aucun argument ne m'a vraiment convaincu, à cet égard. [...] Il y a, dans mon esprit, deux catégories de lois soumises au contrôle : les lois organiques, les lois ordinaires, les unes et les autres votées par le Parlement. Quant aux autres, celles votées par référendum, il ne me semble pas qu'un recours soit prévu contre elles. C'est pourquoi je considère que le recours de M. Monnerville est irrecevable. [...]

M. le président Léon Noël met aux voix la conclusion de M. le rapporteur M. Michard-Pellissier tendant à ce que le conseil déclare son incompetence.

¹ Membre du Conseil constitutionnel nommé par le Président du Sénat G. Monnerville en juillet 1960, suite au décès de M. Delépine.

Celui-ci adopte cette conclusion par six voix contre quatre (M. le président Auriol, M. le président Coty, MM. Pasteur Valléry-Cadot et Cassin).

Document n° 4 : Conseil constitutionnel, Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962.

Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962

Le Conseil constitutionnel,

Saisi par le Président du Sénat, sur la base de l'article 61 2e alinéa, de la Constitution, du texte de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et adoptée par le Peuple dans le référendum du 28 octobre 1962, aux fins d'appréciation de la conformité de ce texte à la Constitution ;

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci ; que le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes ;

2. Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ; [...]

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune des dispositions de la Constitution ni de la loi organique précitée prise en vue de son application ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée par laquelle le Président du Sénat lui a déféré aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution le projet de loi adopté par le Peuple français par voie de référendum le 28 octobre 1962 ;

Décide :

Article premier :

Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée du Président du Sénat.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Document n° 5 : G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue Française de Droit Administratif*, mars-avril 1992, p. 173 et s. (extraits)

De même qu'une loi spéciale peut déroger sans aucune irrégularité juridique à une loi générale, un texte constitutionnel spécial peut déroger à un texte constitutionnel général. La règle

« *Tu patere legem quam (ipse) fecisti* » qui interdit à une autorité de prendre des décisions individuelles dérogeant à un règlement de même niveau n'est applicable en droit français qu'aux autorités administratives. Elle ne vaut pas pour le législateur (Décis. N°82-142 DC, 27 juill. 1982, *Rec.*, p. 52). Elle vaut encore moins pour le pouvoir constituant.

En effet, l'exercice de celui-ci, même sous sa forme dérivée, dès lors qu'il s'opère selon une procédure appropriée, ne trouve ses limites que dans les clauses constitutionnelles interdisant certaines lois de révision. Dans la Constitution, cette prohibition n'existe *ratione temporis* qu'en cas de vacance de la présidence de la République (art. 7, dern. al.) ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, al. 4) et *ratione materiae* pour rendre intangible la forme républicaine du Gouvernement (art. 89, al. 5). Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur.

Quant au fait que la Constitution se trouverait ainsi pourvue d'une disposition étrangère à l'objet normal d'un texte constitutionnel, c'est l'occasion de rappeler qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant. Sans qu'il soit besoin d'évoquer l'exemple fameux et aujourd'hui périmé des prescriptions de la Constitution suisse relative à l'abattage des animaux de boucherie, on se rappellera que la loi constitutionnelle du 10 août 1926, complétant, selon son texte même, la loi constitutionnelle du 25 février 1875, avait pour objet de conférer à la caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique une autonomie de « caractère constitutionnel » et de lui affecter certaines recettes fiscales. [...]

L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'effectivité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir constituant d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce dernier alinéa).

C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. A celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts. Gardons-nous que la créature – la Constitution – n'échappe à son créateur – le pouvoir constituant – et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre.

Document n° 6 : Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003

Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 19 mars 2003 de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, approuvée par le Parlement réuni en Congrès le 17 mars 2003, par [suivent les noms des sénateurs ayant saisi le Conseil], sénateurs.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, notamment ses articles 61 et 89 ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 24 mars 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ;

2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ;

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003,

Décide :

Article premier

Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée. [...]

Article 2

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française¹.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 26 mars 2003, où siégeaient : MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL.

Document n° 7 : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Raisons et déraison dans l'interprétation de la Constitution », *JP Blog*, 14 mars 2023.

Il y aurait donc les interprétations raisonnables de la Constitution et (par hypothèse) les autres. Dans une récente contribution au présent blog, Olivier Beaud critique une tribune (dont je suis co-auteur), parue dans *Le Monde* au lendemain du vote du Sénat acceptant d'inscrire dans la Constitution, à l'article 34, une nouvelle disposition énonçant que « la loi détermine les modalités selon lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse ». [...] À nos yeux, la logique qui anime le texte voté par le Sénat va tellement loin qu'elle le vide en fait de son sens : non seulement, ainsi reformulé, il manque sa cible (sécuriser le droit des femmes à avorter) mais

¹ *Journal officiel* du 29 mars 2003, p. 5570.

encore, il ne sert à rien, se bornant à affirmer une compétence législative déjà existante – et déjà largement utilisée par le législateur qui est intervenu près de dix fois depuis la loi inaugurale de 1975 sur cette question [2].

Olivier Beaud conteste cette analyse. Selon lui, il n’y aurait pas de différence significative entre les deux formulations, de sorte que notre tribune procéderait d’une interprétation « déraisonnable » [3] (juridiquement non pertinente) de la proposition de loi constitutionnelle votée au Sénat. On entend ici contester cette disqualification. La tribune critiquée repose sur une authentique analyse juridique : il paraît en effet tout à fait raisonnable de soutenir, en juriste, que la formule votée au Sénat est moins protectrice que celle votée à l’Assemblée nationale (I) et que l’avortement ne jouit pas aujourd’hui en droit français d’une protection constitutionnelle (II).

I. Pourquoi il est raisonnable de soutenir que la formule votée au Sénat participe du jeu de dupes.

Un texte se comprend toujours par rapport à son contexte. Dans le cas d’espèce, le débat relatif à une possible constitutionnalisation de l’avortement trouve son origine directe dans l’arrêt *Dobbs* rendu par la Cour suprême américaine en juin 2022[4]. Très vite après cette décision américaine, de nombreuses voix se sont fait entendre pour proposer de « sécuriser » le droit des femmes à avorter en l’inscrivant dans la Constitution française. De manière remarquable, l’idée a rapidement réuni un large consensus politique, rassemblant tous les groupes parlementaires de gauche, le groupe de la majorité présidentielle, ainsi que des voix individuelles émanant des groupes du centre, de la droite (LR) voire, du RN. Elle recevait aussi le soutien appuyé de la Première ministre. Concrètement, pas moins de six propositions de loi constitutionnelle visant à inscrire le droit à l’IVG dans la Constitution ont été enregistrées au Parlement entre juin et octobre 2022[5]. L’une d’entre elles a été adoptée à l’Assemblée nationale [6]. Amené à se prononcer à son tour, le Sénat, tout en acceptant le principe d’une révision constitutionnelle relative à l’avortement – ce que certains ont considéré comme un vote historique –, modifiait toutefois le texte suivant un amendement présenté par Philippe Bas. Le premier argument mis en avant par Olivier Beaud pour contester le raisonnement de notre tribune est donc que la formulation résultant du vote au Sénat (« la loi détermine les modalités selon lesquelles s’exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse ») ne serait pas moins robuste ou protectrice que la formulation de l’Assemblée nationale (« la loi garantit l’effectivité et l’égal accès au droit à l’interruption volontaire de grossesse »).

Il importe d’abord de rappeler qu’un texte en lui-même ne veut rien dire, en ce sens que sa signification normative dépend toujours in fine de l’interprétation qui en sera(it) donnée. En ce sens, aucun texte, aucune révision constitutionnelle, ne peut se voir conférer une signification assurée indépendamment des étapes ultérieures de l’interprétation authentique. La discussion doit donc ici être comprise comme située à l’échelle de la maximisation ou de la minoration de la contrainte possible exercée, selon la formulation retenue, sur son futur interprète (ici le Conseil constitutionnel). Pour ce faire, nous pouvons identifier (analyser, classifier...) différentes techniques interprétatives à l’œuvre dans la jurisprudence [7]. À cet égard, il ne paraît pas déraisonnable de suggérer que la première formule (« la loi garantit »), accompagnée en outre (comme c’est le cas en l’espèce) d’éléments contextuels expliquant l’objectif poursuivi par le détenteur du pouvoir d’initiative en matière de révision constitutionnelle, indique une direction à l’action législative. Inscrire dans la Constitution que le législateur « garantit » le droit (ou la liberté) d’avorter paraît en effet maximiser les chances que, dans un éventuel futur contentieux constitutionnel, le Conseil censure une intervention législative qui remettrait en cause le droit existant. Ceci tient au fait qu’en lui-même (interprétation littérale ou sémantique), le verbe « garantir » indique non seulement une action du législateur mais aussi une direction qu’elle doit

suivre – méliorative. Cela tient encore au contexte (intention des auteurs de la proposition de loi constitutionnelle et interprétation téléologique). Comme on l'a dit, la révision constitutionnelle en débat trouve son origine dans le souhait d'éviter que se produise un scénario à l'américaine [8]. Il s'agit donc d'inscrire dans la Constitution une clause de non-régression et c'est bien en ce sens que le choix du verbe « garantir » pourrait être interprété. Par contraste, le verbe « déterminer » (« la loi détermine les modalités... ») paraît tout à fait neutre du point de vue de la direction substantielle (non) indiquée au législateur. Par exemple, fixer un délai d'IVG quel qu'il soit (y compris un délai bien inférieur que celui de 14 semaines actuellement en vigueur), c'est « déterminer les modalités dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse ». [...]

C'est donc bien sur des éléments d'analyse juridique que s'appuie l'argument selon lequel, entre les deux formulations en débat, celle du Sénat est moins robuste que celle de l'Assemblée nationale. Si l'objectif de ces propositions de révision constitutionnelle est de rendre plus difficile, via l'inscription dans la Constitution, tout recul en matière d'accès à l'avortement, alors un verbe indiquant une direction substantielle à l'action législative paraît de nature à exercer une contrainte plus grande sur l'interprétation future susceptible d'en être faite par le Conseil constitutionnel ou même par le législateur. En toute hypothèse, le fait même que le sénateur Philippe Bas ait proposé l'amendement, et que le Sénat l'ait adopté, renforce l'idée que le constituant lui-même considère qu'il n'est pas indifférent pour un texte constitutionnel de prescrire que « la loi garantit » ou que « la loi détermine les modalités selon lesquelles ».

II. Pourquoi il n'est pas raisonnable de considérer que le Conseil constitutionnel a déjà constitutionnalisé le droit à l'avortement

Il ne s'agit pas de contester qu'en France, le régime juridique de l'avortement est, relativement, robuste. Le législateur est intervenu à pas moins de dix reprises depuis la loi inaugurale votée à l'initiative de Simone Veil en janvier 1975, réalisant à chaque fois des extensions et améliorations : délais portés de 10 à 14 semaines de grossesse, suppression de l'entretien médico-social et de la clause de détresse, amélioration de la prise en charge par la Sécurité sociale, accès des mineures, etc. Des difficultés demeurent toutefois [14]. [...]

Est-il pour autant protégé contre des reculs ou remises en cause comparables à celle observée aux Etats-Unis (mais aussi au sein même de l'Union Européenne) ? Est-il possible, comme l'affirme Olivier Beaud, de considérer que le Conseil constitutionnel aurait constitutionnalisé le droit des femmes à interrompre leur grossesse ? Une telle analyse paraît éminemment contestable ; l'auteur fait d'ailleurs référence à une constitutionnalisation « implicite ». Sans s'attarder sur les interrogations soulevées par cette catégorie analytique un peu mystérieuse, admettons qu'il se réfère à la décision 2001-446 DC du 29 juin 2001 où le Conseil a estimé que :

« en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Mais ni ici, ni ailleurs dans la jurisprudence constitutionnelle, on ne trouve consacrée la valeur constitutionnelle du droit d'interrompre une grossesse. Au mieux peut-on inférer du paragraphe cité que la liberté qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

de 1789 est en cause lorsque le législateur intervient en matière d'IVG (on serait en ce sens dans son champ d'application). Mais ce serait une interprétation bien constructive de la décision du Conseil d'en déduire que l'article 2 protège et garantit la liberté des femmes à avorter. En fait, le Conseil se borne ici à dire que la loi dont il est saisi ne méconnaît pas la conciliation nécessaire entre les intérêts protégés par le principe de liberté et ceux protégés par le principe de dignité de la personne humaine (dont on peut, par raisonnement symétrique en l'absence d'explicitation par le Conseil, présumer qu'il s'agit de ceux des enfants à naître). Mais ce faisant, le Conseil ne donne aucune information, ni aucune précision – et donc, a fortiori, aucune garantie sur ce qui l'amènerait, le cas échéant, à considérer que cette conciliation nécessaire est rompue. À vrai dire, non seulement il ne dit rien de substantiel sur les contours et le contenu de cette « liberté de la femme », mais encore on peut lire cette décision, a contrario, comme étant la première explicitation, par le Conseil, de la pertinence constitutionnelle d'une autre catégorie d'intérêts protégés via le principe de dignité de la personne humaine – soit, potentiellement, ceux du fœtus. De sorte que l'affirmation selon laquelle on peut être certain·e·s que le Conseil « interdirait clairement au législateur de remettre en cause le principe même du droit à l'IVG » est éminemment contestable.

En outre, et à supposer même qu'on suive le raisonnement selon lequel il existerait une protection constitutionnelle du droit à l'IVG, on ne comprend toujours pas en quoi il permettrait d'asseoir l'argument de l'inutilité de la révision constitutionnelle proposée. Car quelle est la leçon de l'arrêt Dobbs ? Qu'une protection constitutionnelle uniquement jurisprudentielle de l'avortement, sans indication claire et explicite du constituant, est fragile et soumise aux variations de l'herméneutique constitutionnelle (et de la composition des juridictions) : clairement, ce qu'un juge constitutionnel a fait, un juge constitutionnel peut le défaire. De sorte que, quand bien même on accepterait à titre d'hypothèse le raisonnement proposé par notre contradicteur, on ne voit pas du tout en quoi elle devrait mener à conclure à l'inutilité d'une constitutionnalisation explicite dont on peut (osera-t-on écrire 'raisonnablement' ?) postuler qu'elle n'a pas la même force que la jurisprudence constitutionnelle (le raisonnement est, toujours, à comprendre ici en termes de contraintes exercées sur le travail herméneutique du juge).

Document n° 8 : O. BEAUD, « Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement, *JP Blog*, 1 avril 2023.

Stéphanie Hennette-Vaucher n'a été pas convaincue [2] par le billet que nous avons publié sur ce blog de *Jus politicum*, contestant la tribune dans laquelle elle s'était exprimée, avec d'autres collègues, sur la constitutionnalisation de l'IVG [3]. Sa réponse très argumentée mérite une réplique qu'on espère tout aussi argumentée. [...]

I – Dans ce billet en réponse, Stéphanie Hennette-Vaucher entend réfuter ma critique en pointant deux erreurs. Selon elle, nous aurions affirmé qu'il n'y avait pas « de différence significative entre les deux formulations » de l'Assemblée nationale et celle du Sénat, – ce qui serait une première erreur, et, ensuite, nous aurions soutenu — à tort aussi — qu'il y a une protection constitutionnelle du droit à l'IVG en raison d'une certaine jurisprudence constitutionnelle. [...]

Pour être encore plus précis, nous n'avons jamais affirmé expressément, comme le prétend Stéphanie Hennette-Vauchez, que « la formulation résultant du vote au Sénat (« la loi détermine les modalités selon lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse ») ne serait pas moins robuste ou protectrice que la formulation de l'Assemblée nationale (« la loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption volontaire de grossesse »). En revanche, nous avons expressément contesté la formule des trois auteurs, évoquée plus haut : « une loi qui viendrait réduire drastiquement les délais de recours à l'interruption volontaire de grossesse, voire l'interdire, serait, formellement, une loi remplissant sa fonction constitutionnelle de "détermination" des conditions de l'IVG. » C'est cette phrase, tout autant que la formule d'une « arnaque à la liberté » (que reprend Stéphanie Hennette-Vauchez dans sa réplique car elle semble l'apprécier) qui nous a incité à prendre la plume et à soutenir qu'« une telle argumentation était fort critiquable. Lorsqu'une disposition constitutionnelle confie à une loi le soin de l'appliquer ou de la préciser, il est clair que le législateur a l'obligation de respecter, donc de ne pas dénaturer, cette disposition. » À l'appui de notre opinion, nous citons le cas du droit de grève. Il nous semble toujours qu'une interprétation de la constitution qui partirait de sa potentielle dénaturation par ceux qui sont chargés de l'appliquer (le législateur) ou de la juger (le Conseil constitutionnel) est une bien curieuse manière d'interpréter la constitution.

Or, il faut bien constater que sur ce point précis et central de notre critique Stéphanie Hennette-Vauchez ne nous répond pas vraiment. Dans son billet en réponse, cette dernière fait autre chose car elle propose, non sans talent, une exégèse à la fois littérale et historique du verbe « garantir » qui signifierait, dans la formulation de l'Assemblée nationale, l'existence d'une « clause de non régression ». Par ailleurs, elle considère que le fait que le Sénat, par la voix de Philippe Bas, a substitué au verbe « garantir », le verbe « déterminer » signifierait que le même Sénat ne voulait pas d'une telle « clause de non régression ». C'est possible, mais rien ne prouve objectivement une telle assertion, sauf la présomption que le Sénat, politiquement conservateur, aurait agi ainsi pour des raisons politiques. Il me semble tout aussi possible d'affirmer, ce que nous avons écrit dans notre billet ici contesté, que le verbe « déterminer » était un moyen sémantique de concilier la lettre de cette disposition avec le vocabulaire utilisé dans l'article 34. Ici encore, les deux interprétations sont possibles [5].

Enfin, il n'est pas sans intérêt de relever que cette controverse est probablement déterminée par des options théoriques. Sans qu'elle ne le dise expressément, Stéphanie Hennette-Vauchez se réfère à l'École de Nanterre et à la théorie réaliste de l'interprétation. C'est très visible quand elle écrit sa première précaution méthodologique pour interpréter la constitution : « Il importe d'abord de rappeler qu'un texte en lui-même ne veut rien dire, en ce sens que sa signification normative dépend toujours in fine de l'interprétation qui en sera(it) donnée. En ce sens, aucun texte, aucune révision constitutionnelle, ne peut se voir conférer une signification assurée indépendamment des étapes ultérieures de l'interprétation authentique. » C'est en peu de mots l'alpha et l'oméga de la doctrine de Michel Troper sur l'interprétation du droit qui a eu le succès que l'on connaît, surtout en droit constitutionnel d'ailleurs. Au nom d'une telle doctrine qui magnifie la liberté de l'interprète et sa supériorité sur l'auteur, on peut alors comprendre les craintes de Stéphanie Hennette-Vauchez sur la dénaturation possible d'un droit à l'IVG constitutionnalisé.

Nous n'avons jamais partagé cette doctrine radicale de l'interprétation (désormais connue sous la forme de son acronyme, la TRI) rejoignant plutôt l'opinion de ceux qui l'ont, en doctrine, contestée de façon selon nous convaincante [6]. Ce n'est pas ici le lieu de développer de telles critiques. En revanche, on peut faire observer [7] à Stéphanie Hennette-Vauchez que l'ensemble de son article est fondé sur l'idée selon laquelle la formulation du texte proposée pour la révision constitutionnelle, émanant de l'Assemblée nationale serait intrinsèquement supérieure à celle

suggérée par le Sénat. Cela signifie donc que « le texte » en soi « veut bien dire » quelque chose et que sa signification ne dépend pas uniquement de ses divers interprètes. L'auteur du texte a quand même son importance. Sinon la controverse qui nous divise n'aurait pas de sens pour le coup !.. D'une certaine manière, la façon dont l'auteur que nous critiquons raisonne dément sa propre théorie [...].

II – Dans la seconde partie de sa réponse, Stéphanie Hennette-Vauchez [...] estime qu'« il n'est pas raisonnable de considérer que le Conseil constitutionnel a déjà constitutionnalisé le droit à l'avortement ». Elle considère que notre invocation de la décision du 29 juin 2001 serait « éminemment contestable » et que le recours à l'expression de « constitutionnalisation implicite » reviendrait à utiliser une « catégorie analytique un peu mystérieuse ». [...]

Mais si nous avons, furtivement, énoncé cette idée d'une constitutionnalisation de la protection du droit à l'IVG par la jurisprudence, ce n'est pas sans quelques raisons. Certes, on doit concéder que le Conseil constitutionnel ne l'a pas dit explicitement et qu'il n'est pas d'une clarté absolue dans sa motivation — ce n'est pas nouveau et c'est bien le problème. On fera remarquer d'abord qu'il procède de cette manière pour la plupart des droits et libertés qu'il a considérés comme ayant valeur constitutionnelle et que sa reconnaissance du droit à l'IVG est tout aussi vague que dans d'autres cas. Ensuite, la preuve que notre thèse n'est pas si erronée que cela tient au fait que Stéphanie Hennette-Vauchez elle-même, après avoir cité le cinquième considérant de la décision du Conseil constitutionnel de 2001, est obligée de concéder qu'on peut à la rigueur « inférer du paragraphe cité que la liberté qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est en cause lorsque le législateur intervient en matière d'IVG (on serait en ce sens dans son champ d'application). Mais ce serait une interprétation bien constructive ». Pas si constructive que cela pourtant.

En effet, il est raisonnable de soutenir que le Conseil constitutionnel a opéré une constitutionnalisation à la fois implicite et indirecte [8]. Il suffit de lire le paragraphe en question de cette décision de 2001 qui portait sur la question de savoir si la loi qui étendait de dix à douze semaines la faculté pour une femme enceinte de recourir à l'IVG était conforme à la Constitution. Dans ce cas, précis, le Conseil constitutionnel évite de recourir au droit à la vie, mais invoque la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation (principe à valeur constitutionnelle depuis 1994), qu'il contrebalance (idée de « l'équilibre » entre deux droits) par l'invocation de « la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Pour opposer ces deux droits, et les « équilibrer, » le Conseil est bien obligé d'admettre que la liberté de la femme a valeur constitutionnelle. C'est ce que lui permet le rattachement à l'article 2, à la liberté personnelle, dans cette décision de 2001, affirmation qu'il a notamment réitérée dans son importante décision de 2017 sur la loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (2017-747 DC du 16 mars 2017, cons.10). [...]

En outre et surtout, notre opinion a le grand mérite de passer et de réussir le test infaillible suivant : que se passerait-il si, dans l'état actuel du droit résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une loi portait atteinte, directement ou indirectement, au droit à l'IVG ? La réponse ne souffre pas de doute : une telle loi serait inmanquablement déclarée inconstitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel estime « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles » (2005-530 DC du 29 décembre 2005, §45). C'est le dernier membre de phrase qui nous intéresse ici, même s'il pose une exception par rapport à la règle énoncée précédemment. Il signifie ici concrètement que,

dans la mesure où la liberté de la femme et donc le droit à l'IVG font partie de ces « exigences constitutionnelles » (standard minimum pour décrire cette constitutionnalisation), le législateur pourrait certes modifier des dispositions législatives qui protègent ou favorisent l'exercice d'un tel droit, il ne pourrait cependant pas le faire au point soit de priver un tel droit d'effectivité, soit de le « dénaturer ». Le Conseil constitutionnel a donc tout fait ici pour que le droit de recourir à l'interruption volontaire de grossesse soit protégé par cette double constitutionnalisation, directe (liberté de la femme) et, indirecte (IVG).

En réalité, comme on l'a dit plus haut, le vrai problème se situe probablement ailleurs c'est-à-dire dans le fait que le Conseil constitutionnel est remarquablement flou et ambigu tant dans la motivation de ses décisions que dans la découverte des droits et libertés déclarés par lui « constitutionnels ». Il en résulte que les commentateurs peuvent être en complet désaccord sur le sens à attribuer à sa jurisprudence sur le thème des « droits et libertés ». C'est le point d'accord que l'on espère trouver peut-être avec Stéphanie Hennette-Vauchez. [...]

III. Réviser de manière formelle ou informelle le système de gouvernement de la V^e République ?

Document n° 9 : Olivier Beaud, « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », Pouvoirs 2001/4 (n° 99), p. 19-31 (extraits)

DES FAÇONS DE MODIFIER LA CONSTITUTION

En France, la doctrine, dans son immense majorité, a pris l'habitude de concevoir le problème de la modification de la Constitution sous le seul angle de la révision constitutionnelle. Elle distingue alors entre les Constitutions dites « rigides » et les Constitutions dites « souples », selon la difficulté qu'on a à les réviser. Elle est rigide, lorsqu'elle est difficile à modifier en raison des conditions procédurales imposées pour sa révision. L'exemple type d'une Constitution rigide est fourni par les États-Unis, et celui d'une Constitution souple par la Constitution anglaise. Mais une Constitution écrite n'est pas nécessairement rigide, elle peut être aussi flexible si les conditions de révision sont aisées à remplir. La distinction rigide/souple ne recoupe pas celle entre Constitution écrite/coutumière. En réalité, il existe plusieurs façons pour une Constitution de se modifier, si l'on admet que toute Constitution – écrite ou non – peut se modifier. Ce qui peut se produire de deux manières différentes, soit par « une révision de la Constitution », soit par un « changement constitutionnel ». Cette distinction³, conceptualisée au début du siècle par la doctrine de langue germanique, présente l'intérêt d'appréhender, dans son ensemble, le phénomène de la modification d'une Constitution écrite. Formellement, la révision de la Constitution est une technique juridique par laquelle les pouvoirs publics modifient expressément le texte de la Constitution (selon des modalités d'ailleurs diverses), après avoir suivi une procédure spéciale qu'on appelle la procédure de révision. Définie matériellement, la révision de la Constitution est le résultat de cette procédure dans la mesure où elle décrit l'objet de la modification de la Constitution. En revanche, ce que l'on propose d'appeler le « changement constitutionnel », par opposition à la révision de la Constitution, doit se comprendre, explique Jellinek, comme « une modification de la Constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la Constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la Constitution ou de la conscience de le faire ». Cette voie de modification, non écrite donc, est d'ailleurs plus fréquente que la révision de la Constitution. Le changement informel est si important qu'il relègue des dispositions de la Constitution écrite au rang des utilités formelles, ou même

contribue à les mettre hors de vigueur. Cette forme informelle de modification de la Constitution signifie qu'il existe un droit constitutionnel non écrit qui peut, même dans les États à constitution écrite dite « rigide », apparaître à côté des dispositions écrites. Ce sont « des dispositions constitutionnelles purement matérielles », comme l'écrit George Jellinek, pour mieux spécifier leur inexistence formelle, c'est-à-dire le fait que ces changements n'apparaissent pas dans le texte de la Constitution. Autrement dit, le changement constitutionnel « résulte d'un déplacement de la réalité de la situation politique, de la structure sociale ou de l'équilibre des intérêts, sans que pour autant ce changement soit authentifié dans la lettre de la Constitution écrite ». Mais, même si la lettre de la Constitution n'est pas modifiée, la pratique politique nouvelle témoigne d'une nouvelle réalité constitutionnelle qu'il faut prendre en compte si l'on veut décrire la « Constitution vivante ». À cet égard, la pratique constitutionnelle britannique a été un objet privilégié de réflexion pour les juristes de l'Europe continentale les plus portés à théoriser cette expérience inédite. Ces derniers ont tous souligné l'importance des « conventions de la Constitution », qui y ont instauré le régime parlementaire, en l'absence de Constitution écrite et de manière toute coutumière. Ce sont des précédents politiques qui ont fait progressivement autorité, non pas pour les juges, mais pour les acteurs politiques qui se sont sentis liés par des nouvelles pratiques. Aux États-Unis, pays pourtant de Constitution écrite, certaines dispositions de la Constitution ont été interprétées de telle manière que l'on a pu parler de « changement constitutionnel » à propos de l'innovation du contrôle de constitutionnalité des lois (le coup de force du juge Marshall), de la transformation du veto présidentiel qui, de veto technique, est devenu veto politique. En France, si les membres de la doctrine ont été plutôt rares à s'intéresser à ce phénomène de mutation constitutionnelle, le jeune René Capitant fut l'un de ceux qui ont le plus réfléchi à ce droit constitutionnel non écrit. « Il règne sur beaucoup d'auteurs, écrit-il, comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit pas connaître que la "positivité", et la seule question à résoudre est donc de savoir si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit. » Il suffit alors de considérer que le droit positif n'est pas identique au droit édicté ou posé par un législateur ou un constituant, pour admettre une autre forme de droit positif, « le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué ». Il résulte de cette vision qui consiste à exalter la « Constitution vivante » que le droit positif déborde les textes constitutionnels, et que la pratique politique peut engendrer des institutions ou des normes constitutionnelles qui complètent ou même abrogent les dispositions écrites. Le cas topique, selon René Capitant, est le parlementarisme, institution constitutionnelle régie par des règles non écrites, en France comme en Grande-Bretagne. On songe évidemment au fameux exemple, sous la III^e République, de la désuétude du droit de dissolution du président de la République qui a complètement modifié l'équilibre institutionnel en ouvrant la voie au « parlementarisme absolu ». Mais Capitant donne beaucoup d'autres exemples de conventions constitutionnelles qui ont profondément modifié le visage des lois constitutionnelles de 1875 et qui ont notamment abouti à l'effacement du chef de l'État au profit du président du Conseil et donc au profit d'un Parlement (presque) tout-puissant. Pierre Avril a poursuivi dans la lignée de René Capitant cette méthodologie constitutionnelle, en analysant le régime en fonction de la pratique constitutionnelle et des précédents que la Ve République contient. Il a théorisé cette pratique doctrinale dans son ouvrage récapitulatif sur les « conventions de la Constitution », que l'on peut lire comme une apologie du droit constitutionnel non écrit et comme la marque d'un intérêt renouvelé pour le problème, déterminant, de l'interprétation de la Constitution.

Document n° 10 : A. LE DIVELLEC, « Présidence de la République et réforme constitutionnelle : l'impossible « rationalisation » du présidentielisme français », in J. DE MAILLARD, Y. SUREL (dir.), *Les politiques publiques sous Nicolas Sarkozy*, Paris, Presses de Science-Po, 2012 (extraits).

L'histoire constitutionnelle retiendra que le mandat présidentiel exercé par Nicolas Sarkozy de 2007 à 2012 s'est signalé par plusieurs particularités qui, par leur ampleur, ont dépassé les inévitables spécificités propres à chaque président de la Cinquième République. Même si le recul nécessaire manque aujourd'hui pour analyser cette présidence, son originalité présente une certaine signification institutionnelle qui n'est pas purement anecdotique et une portée qui n'est pas tout à fait accidentelle : elle s'inscrit dans le temps long de la Cinquième République, dont elle fait ressortir les tensions profondes.

La présidence Sarkozy se caractérise par une inflexion de l'exercice du pouvoir présidentiel – qui fut (ou paru) plus écrasant que jamais – et par l'élaboration et la mise en œuvre d'une réforme constitutionnelle formelle d'une ampleur inédite¹, essentiellement motivée par le désir du président de rationaliser la place de l'institution présidentielle. Les deux opérations se sont déroulées selon une temporalité différenciée (les pratiques nouvelles furent immédiatement engagées, la révision constitutionnelle nécessitant davantage de temps et n'entrant en vigueur que de manière progressive, et encore inachevée à la fin de l'année 2011) mais elles s'articulent, tout en demeurant largement indépendantes.

Problématique d'une analyse de la présidence de la Cinquième République

Il est nécessaire, au préalable, de préciser succinctement les conditions spécifiques dans lesquelles doit être menée toute analyse de la présidence de la Cinquième République française, institution qui ne trouve pas son semblable dans les démocraties libérales avancées.

En premier lieu, il convient de relever que l'ajustement d'une personnalité à une institution est toujours singulier : chaque titulaire d'une fonction officielle dans l'ordre constitutionnel doit trouver pour lui-même les modalités de réalisation et d'exercice de son rôle, façonner en quelque sorte son rapport intellectuel (en pensée : sa conception propre) et pratique (en action : par ses décisions et actes) à l'institution. Ce constat est banal, mais rappelle qu'une même institution peut être investie de façon différente selon les personnalités et les contextes, et ce alors même que le cadre juridique dans lequel se déploie l'institution serait constant.

En deuxième lieu, sur le plan plus directement constitutionnel, il faut rappeler qu'une institution politique est toujours une partie d'un système d'institutions multiples (notamment quand il est libéral) : la présidence ne peut s'apprécier de manière isolée mais toujours en relation avec les autres organes constitutionnels. Au surplus, bien qu'encadrée par des règles juridiques parfois précises en apparence, une institution politique se déploie toujours dans un espace largement indéterminé : contrairement aux illusions du constitutionnalisme libéral moderne, une constitution n'est pas « a machine that would go of itself » (selon la formule de l'Américain James R. Lowell en 1888) ; aucun système de gouvernement constitutionnel libéral et démocratique n'est parfaitement déterminé à l'avance, une constitution n'est pas un piano mécanique dont la musique se déroulerait invariablement.

Enfin, certaines difficultés spécifiques à la présidence de la Cinquième République doivent être mentionnées. La présidence telle qu'on la conçoit et la pratique depuis plusieurs décennies présente la particularité de s'être épanouie de manière essentiellement informelle, c'est-à-dire par

¹ [Par cette révision constitutionnelle du 23 juillet 2008] environ 40 % du texte de la Constitution a été modifié, sans parler des nombreux textes secondaires – lois organiques, règlements des assemblées – qui ont précisé la révision.

un ensemble de pratiques convergentes des présidents comme des autres institutions. Loin d'être une conséquence inévitable et logique de la combinaison des règles constitutionnelles, le fameux « présidentielisme » à la française s'apparente à une certaine pratique de pouvoir permettant aux présidents d'exercer une incontestable direction politique générale. Mais il s'exerce sur un mode essentiellement conventionnel, non entièrement formalisé par les règles juridiques.

Une tentative inaboutie de rationalisation formelle du système présidentieliste

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹ trouve incontestablement son origine dans la volonté personnelle de Nicolas Sarkozy, qui en a imaginé les contours généraux avant son élection, l'a inscrite à l'agenda politique dès l'été 2007 et a poussé à son adoption un an plus tard. Mais la réalisation de cette « politique publique constitutionnelle » dépendait de l'approbation d'autres institutions et forces politiques (le gouvernement, les assemblées, la majorité et, dans une certaine mesure, l'opposition parlementaire), ce qui contribue à expliquer que le résultat fut loin d'être en tout point conforme aux vœux du chef de l'État. [...]

Au total, la réforme constitutionnelle de 2008 offre l'image d'un saisissant paradoxe : menée par Nicolas Sarkozy pour rationaliser le présidentielisme, elle est restée à un niveau limité² et n'a pas abouti à une rupture *en faveur* du leadership présidentiel, qu'elle n'affecte que très marginalement. En revanche, elle a permis un certain nombre d'avancées, ou du moins d'innovations favorables aux autres institutions constitutionnelles, ce qui, à ce titre, est de nature à atténuer quelque peu la puissance de la présidence de la République. Sous ce rapport, elle peut finalement être vue comme relativement libérale.

Une expérience inédite de rationalisation informelle du système présidentieliste

La réforme constitutionnelle formelle fut, on l'a dit, précédée par des pratiques nouvelles convergeant vers un nouveau mode d'exercice du pouvoir qui n'était, au fond, qu'une anticipation des changements de structures que le président escomptait pouvoir faire aboutir. Sous ce rapport, il s'agissait bien de régulariser (ou de « routiniser ») le mode de gouvernement présidentieliste, ce qui revenait à tenter de le rationaliser de manière informelle – au sens juridique, c'est-à-dire sans changement des règles formelles du droit. Dès les premières semaines d'installation du nouveau président à l'Élysée, ces nouvelles pratiques furent manifestes (elles étaient d'ailleurs faites pour être vues), tant sur le plan symbolique³ que sur le plan technique et concret. L'époque, qui aime les slogans, a immédiatement trouvé les formules pour résumer le nouvel exercice : « hyperprésidence », « omniprésidence », « ultra-présidentielisme », etc. Malgré leur simplisme, il est difficile de ne pas leur reconnaître une pertinence globale, dans la mesure où la domination du président de la Cinquième République, notoire depuis 1959, a atteint une intensité jusque-là inconnue.

Elle se traduit en premier lieu par la visibilité médiatique accrue du nouveau président, dont l'élan et la débordante activité contrastaient évidemment de manière criante (pour ne pas dire

¹ Complétée par de nombreux textes d'accompagnement (dont certains ne sont pas encore adoptés) entrés en vigueur tantôt en 2009, tantôt en 2010.

² Il importe de relever qu'il n'a jamais été question de donner au président l'initiative des lois, ni la compétence formelle de révocation du Premier ministre, ni de le dispenser du contreseing du Premier ministre pour nommer les ministres... Il y a là une inconséquence du projet sarkozyste au regard de son ambition initiale, le président finissant par se convaincre (d'ailleurs à juste titre) que l'essentiel du leadership présidentiel pouvait être exercé de manière conventionnelle, par captation, comme ses prédécesseurs. Il a lui-même reculé devant le pas audacieux à franchir, sans doute parce qu'il a compris qu'il n'aurait pas été accepté par la classe politique et l'opinion.

³ Ainsi, le président obtint de François Fillon qu'il lui cède l'usage de la résidence La Lanterne, à Versailles, affectée aux Premiers ministres depuis 1959. *Quia nominor Leo.*

criarde) avec l'exercice poussif du pouvoir de son prédécesseur, particulièrement dans les dernières années. Il n'est guère d'initiative de politique générale ou sectorielle qui n'ait été annoncée ou présentée au public par le président lui-même, les médias audiovisuels et écrits relayant fort complaisamment cet activisme (voir le chapitre d'Erik Neveu).

L'emprise présidentielle sur le pouvoir exécutif

Les premiers mois du mandat de Nicolas Sarkozy ont donné à voir une véritable domestication du Premier ministre¹, que le président crut bon de résumer brutalement en août 2007, devant des journalistes : « le Premier ministre est un collaborateur. Le patron, c'est moi². ». Sans doute, l'affirmation d'une dyarchie hiérarchisée, depuis de Gaulle, n'était-elle pas nouvelle. Reste tout de même que le mot « collaborateur » n'était pas particulièrement aimable et témoignait d'une attitude pour le moins désinvolte à l'égard des institutions ; il s'avère, au surplus, juridiquement (et pratiquement) faux. Non sans cohérence avec ses propres déclarations antérieures sur le rôle du Premier ministre³, François Fillon fit pourtant bonne figure, réaffirmant inlassablement l'unité du « couple » exécutif et la pleine convergence entre les deux hommes dans la prise de décision. Les observateurs extérieurs ne sauront jamais (et ne pourront jamais savoir) dans le détail comment furent prises les décisions présidentielles de ce quinquennat.

S'il n'y a pas lieu de s'appesantir sur le choix de ministres – qui, dans la configuration présidentialisée de la Cinquième République, a toujours été essentiellement dicté par le chef de l'État⁴ –, on peut relever deux points significatifs dans l'organisation du travail de l'exécutif. Outre un nombre impressionnant d'allocutions présidentielles annonçant le lancement de telle ou telle réforme, le chef de l'État est l'auteur de plusieurs lettres de mission (souvent non contresignées par le Premier ministre) adressées à des comités *ad hoc* d'experts pour formuler des propositions sur tel ou tel sujet (Massot, 2008, p. 237)⁵. On signalera également l'introduction, dans l'ordre du jour du Conseil des ministres, d'une quatrième partie intitulée « points en discussion », dont le président Massot estime qu'elle « peut se lire comme l'affirmation d'une forme de super arbitrage à l'Élysée se substituant à la prérogative habituelle de Matignon » (Massot, 2008, p. 237).

Plus encore, et en dépit d'un gouvernement politiquement tout à sa main, le président Sarkozy constitua une sorte de gouvernement présidentiel parallèle. Il y a lieu de souligner ici la place inédite du secrétaire général de l'Élysée, Claude Guéant (jusqu'en février 2011, où il entrera officiellement au gouvernement comme ministre de l'Intérieur), qui a notoirement joué un rôle majeur dans le dispositif sarkozien. La nouveauté fut la visibilité conférée à ce personnage inconnu de la Constitution formelle. En juin 2007, il développa en détail dans la presse l'essentiel de la déclaration de politique générale que le Premier ministre devait délivrer à l'Assemblée nationale quelques jours plus tard. Durant les trois ans et demi d'exercice de ses fonctions, il s'exprima régulièrement dans les médias sur tous les secteurs de la politique gouvernementale, intérieure comme extérieure (voir le chapitre de Sophie Meunier). Plusieurs conseillers de l'Élysée

¹ L'expression n'est guère polémique : un analyste aussi pondéré que le président Jean Massot n'écrit-il pas : « Il faudrait beaucoup de mauvaise foi pour nier que les débuts du quinquennat actuel ont vu de nouvelles formes de présidentialisations. » (Massot, 2008, p. 237 ; voir également Avril, 2010).

² Entretien avec la presse régionale (retranscrit dans *Sud Ouest*, 22 août 2007, p. 6). Dans sa conférence de presse du 8 janvier 2008, Nicolas Sarkozy contestera avoir employé le terme de « collaborateur ».

³ En particulier dans un message publié sur son blog personnel et intitulé « Pour une République moderne » (1er avril 2006).

⁴ Encore qu'il ne fasse guère de doute que les nominations originales, voire iconoclastes (Rachida Dati, Fadela Amara ou Rama Yade), ou bien le choix de nommer des personnalités de gauche (Bernard Kouchner, Jean-Marie Bockel et plus tard Frédéric Mitterrand) aient émané du président.

⁵ Ainsi, par exemple, la commission Attali sur la croissance (2007), la commission Balladur sur les collectivités territoriales (2008) ou encore la commission Rocard-Juppé sur l'emprunt national (2009).

se signalèrent aussi par une forte visibilité et une étonnante loquacité dans les médias (et en particulier Henri Guaino, conseiller spécial du président). Certes, le poids des entourages et des conseillers présidentiels n'est pas sans précédent sous la Cinquième République (que l'on songe à Pierre Juillet et Marie-France Garaud sous la présidence Pompidou), mais l'interventionnisme médiatique régulier de ceux de la présidence Sarkozy est sans précédent. En lien avec cette expansion quantitative et qualitative du rôle des conseillers, le budget de l'Élysée a fait l'objet d'un effort de clarification : désormais contrôlé par la Cour des comptes, comme le candidat Sarkozy s'y était engagé, il est censé regrouper les dépenses complètes et effectives de la présidence (qui bénéficiait naguère de mise à disposition de personnels par les différents ministères). La pleine transparence n'est toutefois pas encore atteinte, si l'on en croit la Cour des comptes (rapport de juillet 2011).

Une autre pratique pour le moins originale et, à vrai dire, inédite (ne serait-ce que par sa relative médiatisation) fut la réunion régulière de sept ministres – d'où l'appellation journalistique de G7 – autour du président à partir du printemps 2008 et, très significativement, en l'absence du Premier ministre¹. Il s'agissait, si l'on en croit les indiscretions complaisamment diffusées dans les médias, d'une *task force* (sic), d'un noyau dur de ministres appartenant à la seule UMP sur lesquels le chef de l'État tenait à s'appuyer particulièrement et avec lesquels il évoquait certains dossiers de politique générale. La pratique fit, semble-t-il, long feu et disparut ou se fit plus discrète au bout de quelques mois seulement...

De l'ensemble des différents éléments ici rapportés (et sans préjudice d'autres restés secrets), il paraît difficile de ne pas voir combien le président Sarkozy a cherché et, un temps, largement réussi à établir un mode de direction directe de l'exécutif en bousculant les structures officielles établies par la Constitution. Il en est allé de même avec le Parlement, ce qui était une autre manière de contourner le gouvernement pourtant constitutionnellement chargé d'entretenir les relations directes avec les assemblées.

L'affirmation sans tabou du leadership sur le parti présidentiel et la majorité parlementaire

Chacun sait que la question clé de tout système de gouvernement libéral moderne est l'articulation entre le pouvoir exécutif et les assemblées représentatives. L'on sait également que c'est en s'appuyant sur une majorité globalement disciplinée que les présidents de la Cinquième République ont tous pu diriger de manière effective la politique nationale. Ayant grandi avec ce modèle du « présidentielisme majoritaire » et, de surcroît, sensible à la vie partisane, Nicolas Sarkozy fut particulièrement attentif à ses relations avec la majorité élue sous son égide en juin 2007.

En ce qui concerne le parti présidentiel lui-même, on relèvera la participation, à plusieurs reprises, du président de la République à des réunions publiques du Conseil national de l'UMP². Ce faisant, il brisait un « tabou » : celui de l'indépendance ostensible (ou même seulement symbolique) du chef de l'État à l'égard des partis politiques. Aucun de ses prédécesseurs n'avait agi de même. Sans méconnaître la part d'artifice qui entrait dans cette attitude et les accommodements discrets que firent les présidents avec ce principe (tous entretenaient évidemment des relations officieuses avec les dirigeants du ou des partis le soutenant), le sixième Président de la Cinquième République mit une certaine application à mettre fin à ce qu'il qualifia d'hypocrisie. Il n'est pas certain que cela ait été un bon calcul et que cela ne l'ait pas desservi vis-à-vis d'une opinion attachée, malgré le paradoxe, à la dualité d'une présidence à la fois engagée et dégagée des liens

¹ Ces ministres étaient Xavier Bertrand (Travail), Xavier Darcos (Éducation), Éric Woerth (Budget), Brice Hortefeux (Immigration), Laurent Wauquiez (Emploi), Luc Chatel (Consommation) et Nadine Morano (Famille).

² Notamment en janvier 2008, juillet 2008, novembre 2009, ainsi qu'à une réunion des donateurs du parti en janvier 2011.

partisans (Avril, 2010, p. 616).

La convocation de plus en plus régulière des parlementaires de la majorité à l'Élysée¹ rompt (une nouvelle fois au détriment de Matignon) avec les habitudes contractées depuis cinquante ans. Une réunion de quelques quatre cents députés et sénateurs (près de trois cents pour les seuls députés) ne peut à l'évidence servir d'instance efficiente pour une nécessaire concertation entre exécutif et Parlement, et doit inévitablement prendre l'allure d'un monologue – et l'occasion d'admonestations pures et simples – du leader face à ses troupes. Tout se passe en somme comme si Nicolas Sarkozy avait voulu contourner les pesanteurs de l'appareil constitutionnel formel par des circuits parallèles lui permettant de se substituer en partie à Matignon et aux ministères.

Reste que, techniquement, pour le constitutionnaliste, ce mode d'exercice du pouvoir fonctionne largement comme celui de ses devanciers. C'est ce que nous avons proposé d'appeler une *captation présidentielle* des rouages juridiques et politiques d'un système qui n'a jamais cessé d'être structurellement parlementaire (Le Divellec, 2007) : la domination effective du Président dans la conduite de la politique nationale résulte essentiellement de sa faculté à capter à son profit les processus décisionnels tant du gouvernement que du Parlement. Ainsi, dès lors que les mécanismes constitutionnels formels demeuraient inchangés, il s'agissait d'une différence de *degré* et non de *nature* avec le présidentielisme de ses prédécesseurs². Sur un plan politique (mais non strictement institutionnel), on pourra toutefois convenir que, selon une formule de Georges Vedel, les différences de degrés finissent parfois, au-delà d'une certaine intensité, par devenir des différences de nature.

L'irrésistible poids des contraintes de la logique parlementaire

Les questions politico-institutionnelles en général et le système de gouvernement de la Cinquième République en particulier sont, en France, très souvent caricaturés. Il convient de les nuancer. Quelle que soit la radicalité qu'ait pu prendre le mode sarkozien d'exercice présidentieliste du pouvoir, on doit remarquer que de subtiles variations l'ont affecté. Il ne fut pas parfaitement constant ; l'activisme du président s'est parfois fait plus modéré, tantôt dans les apparences, tantôt dans la gestion réelle des dossiers. Les années 2010 et 2011 semblent être marquées *grosso modo* par une légère baisse d'intensité du dirigisme présidentiel. On pourrait être tenté d'y voir une contingence, de chercher des causes et facteurs explicatifs dans le simple jeu humain (la fatigue, la lassitude, une tactique pour redresser une popularité dégradée). Sans nier ceux-ci, il nous semble cependant que l'atténuation des pratiques ultra-présidentielistes trouve sa véritable raison dans la force d'attraction de la logique parlementaire du système constitutionnel français, que le président n'a pu bousculer jusqu'à un certain point.

Les résistances de la majorité parlementaire

Contrairement aux idées reçues, la majorité parlementaire élue en juin 2007 dans la dynamique du second tour de l'élection présidentielle (selon un schéma bien rodé, typique de la Cinquième République fonctionnant « normalement » – selon la formule de ses thuriféraires) n'a pas été entièrement et systématiquement un jouet aux mains du président de la République.

Le premier facteur d'explication tient certainement à la présence de Jean-François Copé à la tête du groupe UMP sous la nouvelle législature (et ce jusqu'en novembre 2010, date à laquelle il se

¹ Inaugurée dès le 20 juin 2007, avant même la déclaration de politique générale du Premier ministre, elle a pris un rythme plus soutenu et régulier à partir du printemps 2010 : chaque mois, tous les députés UMP sont invités à déjeuner à la présidence.

² Un point de vue comparable est développé par Guy Carcassonne (2008).

fait élire secrétaire général du parti¹). Ancien ministre sous le quinquennat de Jacques Chirac, entretenant des rapports distancés avec le président, il est écarté du gouvernement mais parvient à être élu président du groupe dans l'indifférence, semble-t-il, de l'Élysée. Or, cette fonction est stratégique dans toute assemblée en régime parlementaire classique ; elle ne l'est pas moins dans le parlementarisme très spécifique de la Cinquième République. Comme on pouvait s'y attendre, Jean-François Copé fit régulièrement montre d'indépendance (relative) à l'égard de l'exécutif et s'est rapidement posé en interlocuteur exigeant, et surtout incommode, de l'Élysée. Il se plut d'ailleurs à développer une résonance et une visibilité – symétrique, au fond, de celle de la présidence de la République – au rôle propre du principal groupe de la majorité². À mesure que les initiatives présidentielles se heurtaient à des critiques dans l'opinion, les « frondes » voire les rejets de projets de loi³ par le Parlement se sont multipliés⁴.

Le paradoxal renforcement du Premier ministre

Principale « victime » du présidentielisme accentué de Nicolas Sarkozy, le Premier ministre, passée une première phase d'effacement apparemment complet, semble être parvenu à reconquérir (ou à voir reconnue) progressivement une place plus conforme à ce que lui assigne le jeu routinisé des institutions de la Cinquième République. Dans un contexte d'érosion rapide de la popularité du président Sarkozy, aggravée par des résultats électoraux décevants pour le parti présidentiel (élections municipales de 2008, élections européennes de 2009, élections régionales de 2010), François Fillon a, dans une certaine mesure, pu s'affirmer comme l'élément stable du couple exécutif. Le contraste des personnalités (sobriété et calme, le Premier ministre tranche à l'évidence avec le style du président) n'était certainement pas pour rien dans cette évolution. L'exposition volontairement systématique de Nicolas Sarkozy a produit une certaine lassitude, puis une forte hostilité de l'opinion à son endroit, tandis que François Fillon bénéficiait de sa position davantage en retrait. Le tournant se situe aux alentours de janvier 2008 : la brutale chute de popularité présidentielle permit à François Fillon de dépasser le chef de l'État dans l'opinion⁵. Il n'a pas perdu cette position depuis et cet atout l'a bien sûr servi pour affirmer son rôle, auprès des parlementaires de la majorité comme du président⁶.

La confirmation de cette reconquête de sa position par François Fillon s'est traduite par son maintien à Matignon en novembre 2010, qui paraissait peu probable aux observateurs. Les conditions dans lesquelles s'est produite cette reconduction (annonce d'un changement de gouvernement au lendemain de la défaite électorale aux élections régionales de mars 2010, mais repoussé à l'automne, offres de candidature presque ouvertes de la part de Jean-Louis Borloo et de Michèle Alliot-Marie) ont montré l'embaras de la présidence et révélé les contraintes institutionnelles pesant sur elle. Plus précisément, il semble bien que ce soit sur pression de la majorité parlementaire que Nicolas Sarkozy a finalement tranché en faveur de François Fillon, contre Jean-Louis Borloo : autrement dit, le Premier ministre en place s'imposait politiquement grâce (implicitement) aux ressorts parlementaires de la Constitution. De même lors du léger remaniement ministériel de juin 2011, le président laissa le Premier ministre mener l'opération.

¹ Mais, significativement, son successeur à la direction du groupe est Christian Jacob, présenté comme un « proche » de Jean-François Copé.

² Qu'il tenta de populariser avec sa formule de l'« hyper-parlement » (sic), destiné à grandir grâce à la réforme constitutionnelle votée à l'été 2008.

³ Ou bien de nominations : ainsi le président dut-il renoncer à nommer Jack Lang au poste de Défenseur des droits du fait de l'opposition d'une partie du groupe UMP. Ici, le nouveau mécanisme de l'article 13 (al. 5) C (voir *supra*) paraît avoir rempli son rôle préventif.

⁴ Voir la contribution d'Olivier Rozenberg dans le présent volume ; également Benetti (2011).

⁵ « Fillon : la revanche de la tortue », *Les Échos*, 22 janvier 2008.

⁶ Il put ainsi affirmer, significativement : « Nicolas Sarkozy n'a jamais été mon mentor. J'ai fait alliance politique avec lui » (France 2, 26 septembre 2010).

Dans l'ensemble, il y a tout lieu de penser que François Fillon a bénéficié d'une logique de situation institutionnelle. Au sein de l'exécutif, d'abord : le Premier ministre n'a pas pu être évincé du pilotage des politiques publiques. Le nombre de réunions interministérielles tenues à Matignon est resté stable, démentant l'idée reçue que tous les arbitrages sont rendus à l'Élysée ; le nombre de décrets signés par le Premier ministre seul demeure dans une proportion de 85 %. Enfin, les personnels et les budgets comparés confirment que Matignon n'a pas perdu sa place administrative centrale au profit de la présidence¹. À l'égard du Parlement, ensuite : en dépit de tous les efforts du président pour entretenir un lien direct avec la majorité, c'est le Premier ministre qui est en contact immédiat et régulier avec les parlementaires. De tempérament et de culture, François Fillon est certainement plus à l'aise que Nicolas Sarkozy dans le milieu parlementaire, qu'il connaît particulièrement bien (ne fut-il pas le plus jeune député de France en 1981 ?). La limitation des prérogatives du gouvernement dans l'activité des assemblées ne semble pas avoir porté préjudice à Matignon : si elle a forcé le gouvernement à être davantage à l'écoute des groupes le soutenant, elle n'a pas diminué sa position d'indispensable médiateur.

Malgré ces éléments, les gains politiques de François Fillon demeurent fragiles et nullement à l'abri de l'interventionnisme présidentiel. Mais dans l'ensemble, on a assisté au retour à une certaine normalité dans les relations internes au couple exécutif.

Une rupture institutionnelle aléatoire

Ainsi, au-delà des apparences, il paraît difficile de conclure que la présidence de Nicolas Sarkozy de 2007 à 2012 a signifié une profonde rupture en matière constitutionnelle. Elle n'a, en particulier, pas débouché sur une consécration institutionnalisée d'un présidentielisme nouveau : le cœur du système de gouvernement de la Cinquième République, avec ses ambiguïtés, est demeuré inchangé. Sans doute ce mandat a-t-il été marqué par un ensemble de pratiques convergentes en direction de ce présidentielisme radical souhaité par Nicolas Sarkozy, mais il s'est progressivement heurté aux contraintes structurelles du système de gouvernement et aux difficultés politiques ordinaires. Devenu rapidement impopulaire, il a dû, pour le moins, modérer progressivement ses élans, « normaliser » (au moins en partie) la façon d'exercer son mandat. Il est fort douteux qu'il ait retiré le bénéfice politique de sa tentative d'accentuer la domination présidentielle. Bien plus, celle-ci a provoqué la franche hostilité non seulement de l'opposition, mais également de l'opinion et d'une partie importante de son propre camp. Il est permis de penser que la pratique de Nicolas Sarkozy a disqualifié pour longtemps (ou du moins pour un temps) le présidentielisme radical et que ses successeurs seront portés à revenir vers un présidentielisme plus doux, plus respectueux des formes et structures de la Constitution.

L'entreprise d'institutionnaliser profondément le mode de gouvernement présidentieliste était hasardeuse et, serait-on tenté de dire, vouée à l'échec : bâti de manière empirique sur un socle constitutionnel nettement parlementaire mêlé à d'autres éléments, le présidentielisme à la française doit sans doute sa fortune (quelle qu'en soit la valeur) à une combinaison inédite de rapports institutionnels et de facteurs politiques et psychologiques très complexes dont on ne voit guère comment les formaliser radicalement, sauf à démanteler complètement la structure parlementaire qui appartient aujourd'hui, quoi qu'on en dise, à la culture constitutionnelle de la France.

¹ Matignon emploie quelques 2 800 fonctionnaires (et son budget en personnel est de 550 millions d'euros) contre 943 (112 millions d'euros) pour l'Élysée (chiffres du budget 2010, fournis par Massot, 2010).