



HAL
open science

Le polymorphisme de la réforme constitutionnelle sous la V^e République

Priscilla Jensel Monge

► **To cite this version:**

Priscilla Jensel Monge. Le polymorphisme de la réforme constitutionnelle sous la V^e République. Revue générale du droit, A paraître. hal-01830359

HAL Id: hal-01830359

<https://hal.science/hal-01830359v1>

Submitted on 4 Jul 2018

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

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

Le polymorphisme de la réforme constitutionnelle sous la V^e République¹

Priscilla Jensel-Monge
Maître de conférences en droit public,
ILF-GERJC UMR DICE 7318,
Aix-Marseille Université.

La Constitution est à la fois un acte du passé, du présent et de l'avenir. C'est d'abord un acte du passé parce que chaque Constitution apparaît toujours comme une évolution, voire comme une réaction, aux événements politiques et institutionnels antérieurs. La Constitution du 4 octobre 1958, pour ne prendre que cet exemple, apparaît ainsi comme l'anti-modèle de la Constitution du 27 octobre 1946, laquelle avait déjà tenté de corriger les défauts de son aînée. Ainsi, « chacun sait que l'avènement de la V^e République a constitué une puissante rupture, à la fois juridique et politique, idéologique et pratique, dans la tradition constitutionnelle française. Les promoteurs de la Constitution de 1958 ne l'avaient d'ailleurs pas caché »². Le passé constitutionnel influence donc le présent constitutionnel. C'est ensuite un acte du présent parce qu'« écrite par des hommes de leur temps, toute constitution est fille de son époque dont elle exprime les aspirations et traduit les inquiétudes dominantes »³. Le texte constitutionnel apparaît ainsi comme l'acte que le peuple se donne à lui-même à un instant de l'histoire. En ce sens, il traduit les principales préoccupations du peuple à cet instant, sans pouvoir définitivement lier les générations futures. Le présent constitutionnel ne lie donc pas le futur constitutionnel. La Constitution apparaît donc enfin comme un acte de l'avenir parce que le texte constitutionnel ne saurait être immuable. La marche du temps rend nécessaire l'évolution de la Constitution. Si la stabilité doit être l'une de ses qualités premières, elle ne saurait cependant être définitivement figée. Cette idée est pleinement exprimée dans la Déclaration des droits adossée à la Constitution de l'an I : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois ses générations futures »⁴. La Constitution repose donc sur une double exigence de stabilité et de mouvement. A un moment de l'histoire où la Constitution de la V^e République s'apprête à dépasser son aînée de la III^e République, cette possibilité de mouvement apparaît peut-être comme une condition de sa longévité.

Cette dispersion sémantique de la Constitution de l'an I – revoir, réformer, changer – exprime par ailleurs une autre idée. La modification de la Constitution, pour employer encore

¹ Contribution écrite d'une communication orale intitulée « Les acteurs et les outils de la réforme constitutionnelle », présentée dans le cadre du colloque « La réforme », organisé par l'Association des élèves du département DEM de l'Ecole normale supérieure de Rennes, 15 septembre 2017.

² A. Le Divillec, « Vers la fin du « parlementarisme négatif » à la française ? », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, <http://juspoliticum.com/article/Vers-la-fin-du-parlementarisme-negatif-a-la-francaise-439.html>, consulté le 21 mai 2018.

³ J.-P. Cointet, « L'écriture de la Constitution de 1958 : le poids de l'histoire », in D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992, p. 37.

⁴ Article 28 de la Déclaration des droits adossée à la Constitution du 24 juin 1793.

un autre terme, peut emprunter différentes voies. Elle peut d'abord passer par la révision constitutionnelle, l'expression *réviser* étant par ailleurs ignorée par ce texte. Modifier une Constitution est un acte de souveraineté logiquement encadré par la Constitution elle-même. La Constitution du 4 octobre 1958 y consacre ainsi un titre, le titre XVI « De la révision », qui organise la procédure formelle de révision de la Constitution. L'initiative appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre ainsi qu'à chacun des membres du Parlement. La Constitution impose ensuite un vote par les deux assemblées en termes identiques avant que le projet ou la proposition ne soit ratifié par le peuple par la voie du référendum ou, le cas échéant, par le Congrès. La révision constitutionnelle peut ainsi être définie comme « la modification du texte constitutionnel par la voie d'une procédure prévue dans celui-ci »⁵. Sous cet angle, en réalité trop réduit, de nombreuses choses pourraient déjà être dites sur la question des acteurs et des outils⁶. Mais la réforme constitutionnelle ne saurait se confondre ou se réduire à la révision. Il s'agit en effet d'un processus bien plus complexe qu'il convient alors de définir.

Appréhender la notion de réforme constitutionnelle est délicat puisque si la Constitution n'ignore pas totalement le terme de réforme, elle ne l'envisage que sous l'angle « économique, social ou environnemental » à l'article 11 de la Constitution⁷. Au sens commun, le terme de réforme renvoie à « un changement de caractère profond, radical, apporté à quelque chose, en particulier à une institution, et visant à améliorer son fonctionnement »⁸. Transposée à la matière constitutionnelle, cette modification profonde peut alors s'opérer soit par une révision, étant néanmoins entendu que toutes les révisions constitutionnelles ne sont pas nécessairement des réformes, soit en l'absence de révision. Réformes et révisions constitutionnelles entretiennent donc une triple relation. Dans une première hypothèse, la plus classique, la réforme constitutionnelle emprunte la voie de la révision. Ce sont des *réformes-révision*. Dans ce cas, la réforme englobe la révision mais présente une temporalité plus étendue puisqu'elle démarre le plus souvent bien avant le dépôt formel du projet ou de la proposition de loi constitutionnelle et s'étend bien après celle-ci. A ce titre, elle fait intervenir des acteurs et des outils supplémentaires par rapport à ceux prévus

⁵ A. Le Pillouer, « Le pouvoir de révision », in M. Troper, D. Chagnollaude, *Traité international de droit constitutionnel*, T. 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 34.

⁶ La révision constitutionnelle soulève en effet un certain nombre de remarques, qui relèvent évidemment de banalités mais qui méritent d'être très brièvement rappelées. Le référendum, qui est la voie normale de révision de la Constitution, est depuis 1958 largement délaissé puisque deux révisions seulement ont emprunté la voie référendaire, dont une sur le fondement de l'article 11 de la Constitution. Le titulaire de la souveraineté est donc loin d'être l'acteur principal de la révision de l'acte de souveraineté. Par ailleurs, les différentes révisions de la Constitution ont démontré qu'en matière de révision constitutionnelle, il y avait également une prédominance de l'exécutif puisque toutes les révisions constitutionnelles ont été initiées par le Président de la République, en dépit du dépôt régulier de propositions de loi constitutionnelles par les parlementaires. Chaque Président de la République veut ainsi laisser son empreinte constitutionnelle. On relèvera également que le veto, dont dispose chaque chambre, a pu conduire à l'échec de certains projets de révision constitutionnelle. Voir notamment, P. Jan, « Titre XVI – De la révision – Article 89 », in F. Luchaire, G. Conac, *La Constitution de la République française*, Economica, 2008, pp. 1991 s.

⁷ L'article 11 de la Constitution vise parmi les objets qui sont susceptibles d'être soumis à référendum « les réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent ».

⁸ *Trésor national de la langue française informatisé*, Centre national des ressources textuelles et lexicales, disponible sur <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/visusel.exe?12;s=1470653340;r=1;nat=;sol=1;>, consulté le 21 mai 2018.

à l'article 89 de la Constitution. Pourraient également être rattachés à cette première hypothèse, les hypothèses dans lesquelles une révision est engagée selon une autre procédure que celle normalement prévue à cet effet. Ainsi, il y a eu des révisions constitutionnelles sous la V^e République qui ont constitué de véritables réformes. Il est possible de citer ici la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 destinée à moderniser et à rééquilibrer les pouvoirs en faveur du Parlement, celle du 29 octobre 1974 qualifiée par la doctrine de véritable « big-bang de la démocratie constitutionnelle »⁹ ou encore celle du 6 novembre 1962 qui a modifié le mode de suffrage à l'élection présidentielle.

Dans une deuxième hypothèse, et à l'inverse, certaines révisions constitutionnelles ne constituent pas de véritables réformes, puisqu'elles n'impliquent pas de changement profond des règles du jeu constitutionnel. Il s'agit donc de *révisions sans réforme*. Si elles sont moins nombreuses, elles existent néanmoins. Il est possible de prendre l'exemple de l'interdiction de la peine de mort posée à l'article 66-1 de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 février 2007. Pour Dmitri Georges Lavroff, une telle révision relève simplement du « spectacle politique »¹⁰.

Enfin, dans une troisième et dernière hypothèse, la réforme constitutionnelle peut s'opérer en dehors de toute révision constitutionnelle, au sens où nous l'avons définie plus haut. Il s'agit alors de *réformes sans révision*. Si certains auteurs parlent de révision informelle¹¹, d'autres utilisent l'expression de changement constitutionnel¹² pour désigner « 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 »¹³. Le changement constitutionnel, nécessairement informel, correspond ainsi « à un changement dans la signification normative de la matière constitutionnelle intervenu sans que la procédure de révision constitutionnelle ait été utilisée, ce qui implique, corrélativement, que le texte n'a pas été modifié »¹⁴. Ces réformes sans révision peuvent faire intervenir les mêmes acteurs, ou des acteurs nouveaux, et mobiliser des nouveaux outils ou détourner les outils formels de leur finalité. Peuvent par exemple être rattachées à cette hypothèse, la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 *Liberté d'association* ou encore l'apparition du fait majoritaire qui se traduit par une soumission politique de la majorité de l'Assemblée nationale au Gouvernement. Dans certains cas, la modification de la loi ou de la loi organique, auxquelles la Constitution opère de nombreux renvois, contribue à opérer de véritables réformes constitutionnelles sans pour autant emprunter la voie formelle de la révision. Ainsi, en est-il par exemple de la loi organique qui

⁹ D. Rousseau, « La réforme du 29 octobre 1974 vue en 1994 : le “big-bang” de la démocratie constitutionnelle », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Paris, Economica, 1995, p. 69

¹⁰ D.-G. Lavroff, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, 2008/5 (HS n° 2), p. 66.

¹¹ B. Ackerman, *We the people : Transformations*, Cambridge, Londres, The Belknap, Harvard University Press, 1998, cité in A. Le Pillouer, « Le pouvoir de révision », *op. cit.*, p. 34.

¹² O. Beaud, « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4 (n° 99), p. 21.

¹³ G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1906 cité in O. Beaud, « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4 (n° 99), p. 21.

¹⁴ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, p. 16.

a procédé à l'inversion du calendrier électoral¹⁵ ou encore de celle qui interdit le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur¹⁶.

La réforme constitutionnelle peut donc être envisagée de deux manières distinctes. Il peut d'abord s'agir d'une réforme-révision, c'est-à-dire d'un phénomène qui inclut la révision mais, parce qu'il est temporellement plus étendu, qui fait intervenir des acteurs et des outils plus nombreux. Il peut ensuite s'agir d'une réforme qui ne modifie pas le texte constitutionnel mais qui a des incidences sur le fonctionnement des pouvoirs publics. Dans ce cas, les outils et les acteurs diffèrent de ceux que l'on trouve dans la réforme-révision. C'est donc sous ces deux aspects – réforme-révision et réforme sans révision - que les acteurs et les outils de la réforme constitutionnelle seront envisagés. Il s'agira de démontrer que derrière la procédure formelle de révision, qui fait intervenir un nombre d'outils et d'acteurs limité, se cache un polymorphisme de la réforme constitutionnelle qui a vu se multiplier les acteurs (I) et se diversifier les outils (II).

I. La multiplication des acteurs de la réforme constitutionnelle

L'article 89 de la Constitution, relatif à la procédure de révision constitutionnelle, prévoit l'intervention des principaux acteurs de l'État. L'initiative est partagée entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. L'adoption du projet ou de la proposition ressort principalement du pouvoir législatif alors que la ratification appartient normalement au peuple ou, à défaut, au Parlement réuni en Congrès. La réforme constitutionnelle fait, quant à elle, intervenir des acteurs supplémentaires notamment en ayant de plus en plus recours à la doctrine et à l'expertise pour légitimer la révision constitutionnelle (A). Lorsque la réforme emprunte la voie informelle, ce sont alors les institutions qui, par leur pratique, produisent un changement constitutionnel (B).

A. Le recours à la doctrine

La doctrine a toujours occupé une place importante dans la réforme constitutionnelle même si cette influence a pu se manifester de différentes manières. Elle a d'abord emprunté une voie informelle et indirecte. La doctrine joue ainsi un rôle de conseil dans le processus de réforme constitutionnelle. On sait ainsi que certains grands auteurs de la doctrine, constitutionnaliste notamment, ont été « consultés discrètement tant par le général de Gaulle, que par Georges Pompidou ou Valéry Giscard d'Estaing, pour leur demander leur avis sur de possibles révisions de la Constitution, leurs effets prévisibles et l'état du droit »¹⁷. Ces avis sont le plus souvent restés confidentiels pour que le chef de l'État demeure libre d'engager ou de ne pas engager de réforme. L'influence de la doctrine est donc pendant longtemps restée discrète et méconnue du grand public. Cette influence a parfois été plus forte, la doctrine

¹⁵ Loi organique n° 2001-419 du 15 mai 2001 modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

¹⁶ Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, *JORF*, 16 février 2014, p. 2703.

¹⁷ D.-G. Lavroff, « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, 2008/5 (HS n° 2), pp. 66 s.

jouant un véritable rôle d'impulsion des réformes. Certains auteurs ont ainsi appelé de leurs vœux et défendu fermement certaines réformes. C'est ainsi, par exemple, que l'on attribue à Raymond Carré de Malberg la responsabilité de certaines dispositions clés de la V^e République en raison de la position très critique qu'il a adopté sur l'évolution du régime représentatif¹⁸, dans la conclusion de son livre *La loi, expression de la volonté générale*¹⁹. On pense encore à Georges Vedel qui préconisait une concordance des mandats présidentiel et législatif²⁰ ou à Guy Carcassonne fervent opposant au cumul des mandats²¹... Les exemples pourraient ainsi être démultipliés (reconnaissance d'un statut en faveur de l'opposition, introduction d'une voie d'accès des citoyens au juge constitutionnel etc.). Ainsi, la place occupée par la doctrine dans la réforme constitutionnelle est très marquée et c'est peut-être même dans ce domaine qu'elle joue le rôle le plus important. Dès lors, de manière paradoxale, alors que le droit constitutionnel est parfois présenté comme un droit politique²², la réforme constitutionnelle est celle qui mobilise davantage les constitutionnalistes que les hommes politiques.

Ce constat se confirme encore avec la généralisation des recours aux comités d'experts depuis une trentaine d'années. Le lien entre la réforme constitutionnelle et la doctrine s'est donc officialisé. Il s'est même institutionnalisé puisque les plus importants d'entre eux ont été placés soit sous la responsabilité d'un professeur de droit constitutionnel (Comité Vedel, Commission Avril), soit ont compté une majorité d'universitaires parmi leurs membres (Comité Balladur)²³. Ainsi, « l'expertise constitutionnelle prend (...) sa véritable dimension lorsqu'elle vise à conseiller de manière officielle le pouvoir politique sur une réforme constitutionnelle. A cette occasion, elle est une expertise publique »²⁴. En 1992, le premier Comité mis en place par le Président de la République François Mitterrand pour réfléchir à une réforme de la Constitution fut le Comité Vedel qui était chargé de « donner un avis sur les propositions de révision de la Constitution que le Président de la République a rendues publiques (...) et de formuler toutes les recommandations qu'il jugera utiles pour adapter les institutions de la V^e République »²⁵. En 2002, le Président de la République Jacques Chirac met en place une commission, présidée par le professeur Pierre Avril, destinée à « mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République et (...) faire, le cas échéant, les propositions qui lui paraîtraient appropriées »²⁶. Cette commission se singularise par le fait

¹⁸ P. Brunet, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *Revue du droit d'Assas*, 2011, p. 40.

¹⁹ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, éd. Sirey, réimpr. Economica, 1984.

²⁰ P. Brunet, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 41.

²¹ L'interdiction du cumul des mandats a emprunté la voie législative (ordinaire et organique). Cf. *infra*. Voir notamment, G. Carcassonne, « Dix constitutionnalistes répondent à deux questions concernant le cumul des mandats », *RDP*, 1997, pp. 1551-1600 ; Voir également G. Carcassonne, O. Duhamel, Y. Mény, H. Portelli, G. Vedel, « Changer la République », *Le monde*, 7 mai 1997.

²² Voir notamment P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, Puf, Leviathan, 1997, p. 163.

²³ Pour une étude sur la composition des comités d'experts, voir notamment X. Magnon, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC*, 2008/5 (HS n° 2), p. 47.

²⁴ *Ibidem*, pp. 40-41.

²⁵ Article 2 du décret n° 92-1247 du 2 décembre 1992 instituant un comité consultatif pour la révision de la Constitution.

²⁶ Article 1^{er} du décret n° 2002-961 du 4 juillet 2002 portant création d'une commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République.

qu'elle avait un objet unique : le statut pénal du chef de l'État. En 2007, c'est le Président Nicolas Sarkozy qui institue un comité « chargé d'étudier les modifications de la Constitution et des textes qui la complètent propres à répondre aux préoccupations exprimées par le Président de la République dans la lettre annexée au présent décret et de formuler toutes les autres recommandations qu'il jugera utiles »²⁷. Ce comité est présidé par l'ancien Premier ministre Édouard Balladur. A l'inverse de la précédente, son objet est particulièrement large puisqu'il poursuit le triple objectif de réfléchir à la manière de mieux contrôler l'exécutif, de renforcer le Parlement et de reconnaître des droits nouveaux pour les citoyens. En 2012, c'est le Président de la République François Hollande qui crée une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par Lionel Jospin et elle aussi chargée de « proposer les réformes [destinées] à répondre aux préoccupations exprimées par le Président de la République (...) et de formuler toutes les autres recommandations qu'elle jugera utiles »²⁸. Tous ces comités d'experts, dont les travaux ont connu des fortunes diverses, témoignent de l'importance prise par la doctrine dans la réforme constitutionnelle. Certains d'entre eux, et notamment le Comité Balladur « technicien expert du parlementarisme »²⁹, ont joué un véritable rôle pré-constituant.

Cette importance prise par la doctrine se justifie par la volonté d'offrir à la réforme constitutionnelle une expertise juridique qui va non seulement lui permettre de se préserver d'éventuelles dérives pratiques mais également lui offrir une légitimité juridique...L'intervention de la doctrine permet donc de dépolitiser la réforme constitutionnelle. On relèvera d'ailleurs que le rôle de la doctrine ne se limite pas à l'impulsion ou à l'élaboration de la réforme mais qu'il joue également après l'adoption définitive de celle-ci en effectuant un travail d'explication, de diffusion, voire de critiques. Les nombreux travaux (colloque journée d'études, publications) auxquels donnent lieu les dix ans de la réforme de 2008 témoignent de ce travail accompli par la doctrine, bien au-delà de l'adoption de la réforme.

B. Le rôle informel déterminant des acteurs institutionnels

Si l'article 89 de la Constitution confie l'initiative formelle de la révision au Président de la République, sur proposition du Premier ministre, ou aux parlementaires, certains acteurs institutionnels ont joué un rôle déterminant sans emprunter la voie formelle de la révision. Certains y ont même joué un rôle essentiel alors même que la Constitution ne leur attribue normalement aucune place.

Parmi les acteurs institutionnels qui se sont invités dans la réforme, il faut en premier lieu citer le Conseil constitutionnel. Ce dernier peut d'abord être considéré comme un acteur indirect de la réforme constitutionnelle lorsqu'il joue son rôle d'aiguilleur³⁰, c'est-à-dire

²⁷ Article 1^{er} du décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République.

²⁸ Article 1^{er} du décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.

²⁹ D. Ribes, « Le comité Balladur, technicien, expert du parlementarisme », *RFDC*, 2008/5 (HS n° 2), pp. 117-132.

³⁰ L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP* 1982, p. 419 ; « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 578 s.

lorsqu'il indique que la voie constitutionnelle est la seule envisageable pour pouvoir adopter certaines mesures. Dans ce cas alors, si l'initiative appartient toujours au Président de la République ou aux parlementaires, la réforme constitutionnelle puise son origine dans une censure du juge constitutionnel. On peut prendre ici deux exemples :

- l'instauration légale des quotas par sexe. Après deux censures du Conseil constitutionnel en 1982³¹ et en 1999³², le Président de la République dépose un projet de loi constitutionnelle qui est adopté³³. La Constitution prévoit désormais que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Cela est d'autant plus intéressant que l'on sait, dans ce cas, que le Président de la République était plutôt réservé quant à cette évolution ;
- la reconnaissance des droits spécifiques en faveur de l'opposition. En 2006, le Président de l'Assemblée nationale, Jean-Louis Debré, dépose une proposition de résolution en ce sens. Le Conseil constitutionnel la censure au motif que celle-ci méconnaît le principe de liberté de création des partis et groupements politiques (art. 4 de la Constitution) et crée une différence de traitement injustifiée entre les groupes³⁴. La Constitution est alors modifiée en 2008³⁵ pour permettre la reconnaissance de droits spécifiques en faveur des groupes d'opposition et des groupes minoritaires.

A travers ces exemples, on voit bien que si les acteurs veulent parfois éviter la révision constitutionnelle, ils peuvent en réalité y être invités, voire contraints, par d'autres acteurs. Cela est particulièrement intéressant s'agissant du Conseil constitutionnel parce qu'il n'était pas du tout destiné à cela aux origines de la V^e République.

Cela renvoie d'ailleurs à une deuxième hypothèse, dans laquelle le juge constitutionnel devient un acteur direct de la réforme constitutionnelle. Il arrive que le juge constitutionnel crée lui-même des règles constitutionnelles. On pense ici évidemment à la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971³⁶, dans laquelle il reconnaît la valeur juridique du préambule de la Constitution de 1958 et de l'ensemble des textes auquel il renvoie. Cette reconnaissance a eu pour conséquence de le faire évoluer d'un simple organe du parlementarisme rationalisé, d'un rôle de « chien de garde de l'exécutif », à un véritable rôle de garant des droits et libertés fondamentaux. Dans cette hypothèse, il apparaît difficile de nier que cette évolution se présente comme une véritable réforme constitutionnelle, même si celle-ci n'a pas emprunté la voie de la révision formelle. Il s'agit donc d'une hypothèse de

³¹ Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, JO, 19 novembre 1982, p. 3475, Rec. p. 66.

³² Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, JO, 20 janvier 1999, p. 1028, Rec. p. 21.

³³ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF, 9 juillet 1999, p. 10175.

³⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 13, JO, 27 juin 2006, p. 9647, Rec., p. 67.

³⁵ Un nouvel article, l'article 51-1, a été inséré dans la Constitution. Celui-ci prévoit que « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».

³⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, JO, 18 juillet 1971, p. 7114, Rec., p. 29.

réforme sans révision, conduite sans les acteurs « officiels » (Président de la République, Parlement, peuple).

A côté du Conseil constitutionnel, d'autres acteurs institutionnels ont initié de véritables réformes. Le droit constitutionnel a en effet ceci de spécifique, surtout lorsqu'il organise les relations entre les pouvoirs publics, d'être un droit politique de sorte que « si la reconnaissance collective est ce qui fait le droit, la norme, prise en elle-même, importera moins pour le droit politique que la façon dont elle est admise ou récusée, comprise, discutée, décrite par les organes politiques et les sujets de l'État »³⁷. Certains « changements constitutionnels » sont ainsi simplement liés à la pratique institutionnelle. On peut prendre encore plusieurs exemples. La « découverte » de la majorité, à la suite d'une révision constitutionnelle menée hors le cadre de l'article 89, constitue un véritable « changement constitutionnel ». Il s'agit même d'un aboutissement constitutionnel, que l'on a tenté d'imposer par la voie des règles de droit mais que seul un fait politique, le fait majoritaire, a permis de réaliser. La réforme constitutionnelle se présente donc, dans cette hypothèse, comme la conséquence – imprévue - d'une révision constitutionnelle³⁸. Elle est liée à la soumission politique volontaire de la majorité de l'Assemblée nationale au Gouvernement à la suite de l'introduction du suffrage universel direct du Président de la République en 1962. D'autres pratiques institutionnelles ont eu lieu sans révision constitutionnelle mais ont néanmoins profondément modifié le fonctionnement du régime politique de la V^e République. Il est possible de citer l'introduction, à partir de 1974, de la pratique des questions au Gouvernement à l'initiative du Président Valéry Giscard d'Estaing ou encore de la pratique institutionnelle résultant de la lecture particulière de l'article 49 alinéa 1^{er} de la Constitution, lecture validée par le Conseil constitutionnel³⁹. La pratique institutionnelle a donc parfois plus d'influence sur le fonctionnement du régime que la règle écrite elle-même.

Si les acteurs de la réforme constitutionnelle se sont multipliés, il en va de même des outils qui se sont également enrichis et diversifiés. Le même décalage peut alors être constaté entre les outils de la révision constitutionnelle, prévus par l'article 89 de la Constitution, et ceux de la réforme.

II. La diversification des outils de la réforme constitutionnelle

Le parallèle avec la révision constitutionnelle est là encore saisissant parce qu'à l'évidence les outils de la réforme constitutionnelle, y compris les outils juridiques, ne sont pas limités à l'article 89 de la Constitution (A). Par ailleurs, par-delà les outils juridiques imprévus, il y a également d'autres outils, politiques (B) et conceptuels (C), qui entourent la réforme constitutionnelle et qui sont tout aussi importants.

³⁷ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, <http://www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html>, consulté le 21 mai 2018.

³⁸ D'autres révisions constitutionnelles ont donné lieu à de véritables réformes. Il est possible de mentionner l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel en 1974 ou encore de l'adoption du quinquennat pour le mandat présidentiel en 2000.

³⁹ Décision du Conseil constitutionnel n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire français des Afars et des Issas*, cons. 3, *JO*, 13 janvier 1977, p. 343, *Rec.*, p. 31.

A. Les outils juridiques imprévus

L'histoire constitutionnelle de la V^e République a démontré que même la révision de la Constitution pouvait emprunter une autre voie que celle normalement prévue. Cette autre voie est celle de l'article 11 de la Constitution, utilisée avec succès en 1962 pour l'introduction de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et sans succès en 1969 pour la régionalisation et la réforme du Sénat. S'il s'agit d'une problématique bien connue et largement débattue par la doctrine constitutionnaliste, c'est un élément essentiel lorsque l'on étudie les outils de la révision constitutionnelle puisqu'il démontre qu'ils peuvent être plus larges que ceux qui sont normalement prévus à cet effet. Sans revenir sur la validité d'une telle utilisation, force est néanmoins de constater que la réforme constitutionnelle, même lorsqu'elle emprunte la voie de la modification du texte de la Constitution, peut mobiliser des outils juridiques exceptionnels.

Parmi les outils juridiques imprévus, il faut mentionner l'article 18 de la Constitution qui est devenu un outil d'annonce de la réforme constitutionnelle. En réalité, ce n'est pas un outil totalement nouveau, puisqu'on se rappelle notamment qu'en 1974, c'est en adressant un message écrit au Parlement que le Président Giscard d'Estaing avait fait part de sa volonté d'élargir la saisine du Conseil constitutionnel ou encore d'instaurer des séances hebdomadaires de questions au Gouvernement⁴⁰. Cet usage de l'article 18, en tant qu'instrument d'annonce présidentielle de la réforme constitutionnelle, semble s'être pérennisé depuis 2008 au moment où on a réintroduit dans la Constitution la possibilité pour le chef de l'État de prendre la parole devant le Parlement réuni en Congrès⁴¹. Depuis la révision, à trois reprises le Président de la République s'est adressé au Congrès : le 22 juin 2009 (Nicolas Sarkozy), le 16 novembre 2015 (François Hollande) et le 3 juillet 2017 (Emmanuel Macron). A deux reprises, cela a été l'occasion pour le chef de l'État d'annoncer une révision de la Constitution. Le 16 novembre 2015, dans un contexte particulier, le Président de la République François Hollande a annoncé sa volonté de constitutionnaliser l'état d'urgence et la déchéance de nationalité. Le 3 juillet 2017, le Président de la République Emmanuel Macron a notamment annoncé vouloir supprimer la Cour de justice de la République ou encore réduire d'un tiers le nombre des membres des assemblées parlementaires. Même si à l'heure où sont écrites ces lignes, on ne sait pas quel sera l'avenir de la réforme-révision souhaitée par Emmanuel Macron, dans les deux cas, ces annonces ont été suivies du dépôt formel d'un projet de loi constitutionnelle. Le Premier ministre qui, aux termes de l'article 89 de la Constitution, doit proposer la révision au Président de la République se trouve donc dépossédé par l'utilisation de ce nouvel outil juridique.

L'étude des outils de la réforme constitutionnelle suppose enfin de s'intéresser aux outils infra-constitutionnels, dans une approche nécessairement matérielle du droit constitutionnel.

⁴⁰ Message de M. le Président de la République, *Déb. Parl.* AN (CR), séance du jeudi 30 mai 1974, *JO*, 31 mai 1974, pp. 2336 s.

⁴¹ Article 18 de la Constitution : « Le Président de la République communique avec les deux Assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat. Il peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote. Hors session, les assemblées parlementaires sont réunies spécialement à cet effet. »

Reconnaître la loi ou la loi organique comme un outil de la réforme constitutionnelle suppose en effet de préciser l'approche retenue de la notion de Constitution. Si l'on envisage la Constitution dans un sens purement formel, c'est-à-dire comme le texte adopté par le pouvoir constituant selon une procédure spécifique, alors la loi et la loi organique ne peuvent pas être présentées comme des outils juridiques de la réforme constitutionnelle. En revanche, si l'on envisage la Constitution au sens matériel, c'est-à-dire sous l'angle des matières qui appartiennent par nature au droit constitutionnel, alors il apparaît évident que certaines réformes empruntent la voie législative ou organique. Cette idée se renforce si l'on considère que la Constitution opère de nombreux renvois à la loi, à la loi organique et même désormais aux règlements des assemblées parlementaires⁴². Ces renvois se sont d'ailleurs multipliés depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Dès lors, les lois du 14 février 2014⁴³ qui interdisent le cumul des mandats de parlementaires avec certaines fonctions exécutives locales doivent être considérées comme de véritables réformes constitutionnelles au sens matériel. Il en va de même de la loi organique de 2001⁴⁴ qui a procédé à l'inversion du calendrier électoral pour que les élections législatives aient lieu après les élections présidentielles.

Les outils juridiques ne sont pas les seuls à intervenir dans la réforme constitutionnelle. D'autres outils y occupent une place essentielle.

B. Les outils politiques nécessaires

Sous l'angle des outils politiques, la principale question qui se pose est celle de savoir si le consensus politique fait partie, ou plutôt doit faire partie, de la réforme constitutionnelle ? Si la question se pose avec une particulière acuité, c'est évidemment parce qu'il s'agit de modifier le texte fondamental et ses équilibres. Juridiquement, la réponse à cette question est nécessairement négative, sauf à confondre principe de majorité et unanimité. En effet, le texte constitutionnel n'impose pas de consensus s'agissant de l'approbation définitive. La seule règle prévue est soit la majorité qualifiée des 3/5^e au Congrès, soit la majorité simple s'il s'agit d'un référendum. La question est, en revanche, plus délicate si elle est envisagée dans sa dimension politique. Dans ce cas, le consensus tend vers l'unanimité. Même si, sous cet angle, la réponse mérite probablement la nuance, une réponse positive semble néanmoins s'imposer. Plusieurs arguments peuvent aller dans ce sens. Le consensus politique permet ainsi de placer la réforme au-dessus des affrontements et des clivages politiques. Il est en effet essentiel qu'elle soit à l'abri des alternances politiques. Plus la majorité est importante, et donc plus on se rapproche du consensus, plus un tel risque s'éloigne. La réforme constitutionnelle doit nécessairement rassembler parce qu'elle constitue le moment où

⁴² Article 51-1 de la Constitution : « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».

⁴³ Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, *JORF*, 16 février 2014, p. 2703 ; Loi n° 2014-126 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, *JORF*, 16 février 2014, p. 2705.

⁴⁴ Loi organique n° 2001-419 du 15 mai 2001 modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

l'expression de la souveraineté est la plus forte. Le consensus institutionnel permet alors d'offrir à la réforme constitutionnelle une plus grande légitimité. Le recours grandissant à l'expertise constitutionnelle permet incontestablement de tendre vers ce consensus en dépolitisant le plus possible le processus de réforme. Il reste néanmoins que certaines voix ne peuvent être obtenues qu'au prix de transactions politiques, parfois importantes⁴⁵. Elles sont donc à l'évidence un instrument pour parvenir au consensus. Ce dernier peut parfois même apparaître comme une condition de la réforme. C'est le cas lorsque cette dernière emprunte la voie informelle de la pratique institutionnelle. De telles pratiques ou conventions, dont certaines vont à l'encontre de la règle constitutionnelle écrite, ne peuvent s'imposer qu'à la condition de reposer sur un consensus des acteurs institutionnels. Ce n'est qu'à cette condition qu'un fait politique peut aboutir à la disparition de fait de certaines dispositions constitutionnelles⁴⁶.

C. Les outils conceptuels incontournables

La question des outils conceptuels apparaît comme l'élément le plus essentiel. Deux éléments méritent l'attention.

Le premier concerne l'importance fondamentale des concepts structurants du droit constitutionnel. Si la réforme constitutionnelle est moins chargée politiquement que dans d'autres domaines, elle nécessite pour sa part une importante mobilisation de concepts théoriques. La réforme constitutionnelle doit en effet être pensée comme un ensemble structuré, homogène, cohérent dans un cadre complexe dont les règles sont précisément organisées. Lorsque l'on pense la réforme constitutionnelle, il faut donc nécessairement tenir compte de l'équilibre des pouvoirs, du régime politique, du modèle de justice constitutionnelle, etc. La question de la doctrine, qui a déjà été envisagée sous l'angle des acteurs, aurait pu tout aussi bien figurer parmi les outils. Il est évident qu'elle joue un rôle essentiel en matière de mobilisation et de manipulation de ces concepts. Ce sont donc des éléments fondamentaux, que l'on ne saurait négliger. La réforme constitutionnelle n'a, en effet, pas droit à « l'erreur », c'est-à-dire que, contrairement à une loi ou à une politique publique, elle ne peut pas faire l'objet d'une évaluation et d'une correction *a posteriori*.

Cela renvoie à un deuxième outil conceptuel de la réforme, qui est celui du temps. La réforme constitutionnelle a en effet vocation à traverser les années. C'est un processus qui s'inscrit dans la durée. Il doit donc être placé à l'abri de l'alternance politique (d'où l'importance du consensus) et de l'émotion⁴⁷. ...Finalement, le temps est l'outil que l'ensemble des acteurs de la réforme constitutionnelle devrait manier avec le plus de précaution car comme le soulignait Philippe Ardant, « le temps est un peu dans la boîte à outils de l'ingénierie constitutionnelle l'instrument à tout faire. (...). Mais les règles de temps submergent toutes les autres. Temps immobile des dates, temps qui s'écoule des délais, temps qui autorise et qui interdit, toujours

⁴⁵ On sait par exemple que le vote de la révision constitutionnelle de 2008 a été acquis grâce à certaines concessions. C'est le cas de l'introduction de la notion de groupes minoritaires qui a permis de rallier les centristes.

⁴⁶ On pense par exemple à la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement. Le principe, et sa mise en œuvre, demeurent inscrits dans la Constitution mais l'apparition du fait majoritaire les a fait tomber en désuétude.

⁴⁷ La constitutionnalisation par l'émotion n'est pas quelque chose qui fonctionne. Le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation l'a largement démontré.

impératif, ressenti comme trop court par les uns, trop long par les autres ; le temps est la trame sur laquelle est tissée toute constitution »⁴⁸.

⁴⁸ Ph. Ardant, « Le temps dans les constitutions écrites », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 514-515.