

De l'actualité de la révision constitutionnelle

Note de Jean-Éric Schoettl, conseiller d'État (h), secrétaire général du Conseil constitutionnel de 1997 à 2000, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, publiée sur le site *Atlantico* le 28 février 2023.

Il est beaucoup question, en ce premier trimestre 2023, de rénovation des institutions. Faut-il rouvrir ce chantier ?

Il ne faudrait pas que ce soit pour le seul plaisir de réviser la mécanique institutionnelle, fût-ce en la « modernisant » (mot d'ailleurs équivoque). Modifier le logiciel institutionnel, à défaut de transformer la réalité, est malheureusement une tentation récurrente sous la Vème République depuis une trentaine d'années.

Il est vrai que des chantiers institutionnels ont été ouverts lors du précédent quinquennat. Ils sont restés en plan en raison des crises traversées (affaire Benalla, gilets jaunes, pandémie, ...) et de l'opposition du Sénat. On sait que l'accord de celui-ci est indispensable pour tout changement constitutionnel.

Nombre de thèmes laissés en suspens en 2019 pourraient être réactivés : élection d'une partie des députés à la proportionnelle, nouvelle phase de la décentralisation, élargissement du recours au référendum, indépendance du Parquet, suppression de la Cour de justice de la République... Certains sujets pourraient être en revanche reconsidérés car, non sans raison, ils contrarient les élus, même s'ils recueillent l'agrément de l'opinion publique : limitation des mandats parlementaires dans le temps, réduction substantielle du nombre de sièges de parlementaires.... Pourraient être en revanche ajoutés des sujets récemment évoqués dans le débat public : septennat non renouvelable ; élections législatives de mi-mandat ; développement de la démocratie participative ; statuts de la Corse et de la Nouvelle-Calédonie ; assouplissement des règles de non-cumul des mandats électoraux ; conseiller territorial unique pour les départements et les régions ; rationalisation du millefeuille territorial et redécoupage des régions ; remplacement du Conseil constitutionnel par une Cour suprême. Sans oublier des questions environnementales et sociétales : devoirs à l'égard de la planète ; constitutionnalisation du droit à l'IVG ; suicide assisté ; libre choix par chacun de son identité de genre.

Tout cela passe par des dispositions selon le cas constitutionnelles ou législatives. Il faudrait avoir la conviction que de telles mesures améliorent la gouvernance du pays. On ne touche pas aux institutions sans de bonnes raisons. Il y a trop d'autres chats à fouetter dans le monde réel des politiques publiques ...

Dans l'état où se trouve la France, les seules réformes institutionnelles qui vailent sont celles qui aideraient les pouvoirs publics à prendre plus efficacement et plus vigoureusement en charge les grands enjeux de ce point de bifurcation de l'Histoire, entre déclin et rebond, auquel nous sommes arrivés. Ces enjeux s'appellent réindustrialisation, souveraineté énergétique, redressement des services publics essentiels (éducation, santé, justice), sécurité intérieure et extérieure, tenue des finances publiques, maîtrise de l'immigration ...

Ce ne serait pourtant pas le premier réaménagement constitutionnel...

La Constitution de la Vème République a déjà été remaniée 24 fois depuis 1958, dont 19 fois depuis 1990, c'est-à-dire de plus en plus fréquemment. Et de plus en plus substantiellement. La révision de 2008 représente à ce jour un record, sur le plan quantitatif, mais aussi du point de vue qualitatif, notamment avec la limitation de l'usage de l'article 49, 3^{ème} alinéa, et avec l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (« question prioritaire de constitutionnalité »). Le record était en passe d'être battu avec la réforme des institutions engagée sous le précédent quinquennat.

Nous sommes très au-delà de ce qui pourrait être regardé comme une hygiène respiratoire de la Constitution. Comme le montre l'exemple américain, la norme suprême puise dans sa pérennité un ressort essentiel de son autorité. Une norme suprême versatile peut-elle être ressentie comme suprême ? Quelle confiance nos concitoyens peuvent-ils accorder à des institutions qui, en se modifiant continuellement, trahissent leur manque de confiance en elles-mêmes ? Les lois ne doivent être touchées que d'« une main tremblante », disait Montesquieu. C'est encore plus vrai de la loi qui régit les lois, c'est-à-dire de la Constitution.

Le pli semblait avoir été pris aux débuts de la Vème République, puisque la Constitution ne fut modifiée, dans les trente premières années de son histoire, qu'à une poignée d'occasions, soit capitales (élection du président de la République au suffrage universel direct en 1962, possibilité pour 60 députés ou 60 sénateurs de déférer une loi au Conseil constitutionnel en 1974), soit ponctuelles (régime des sessions en 1963, intérim de la présidence de la République en 1976).

Ce temps est révolu. Au cours des trente dernières années, de révision en révision, la Constitution se boursoufle de règles, de droits et de grands principes. À chaque fois s'ouvre une sorte de concours Lépine du changement. A chaque fois, les fondamentaux de la Vème République sont malmenés.

Née d'une crise de gouvernance aigüe, la Vème République a pour tropisme premier d'instituer un Exécutif fort. Un Exécutif disposant des coudées franches pour déterminer et conduire la politique de la Nation, y compris dans le domaine normatif (maîtrise de la procédure législative ordinaire, législation déléguée, pouvoir réglementaire s'exerçant dans les matières non réservées à la loi ou dans lesquelles la loi ne détermine que les principes fondamentaux) et sans être gêné par une justice réduite au statut d'autorité, ni par un Conseil constitutionnel qui ne peut être saisi que par un petit nombre d'autorités et seulement afin de veiller au fonctionnement régulier des institutions.

C'est cette donne première que remet sans cesse en question la révision constitutionnelle depuis trois décennies. Les dix-neuf révisions constitutionnelles intervenues depuis 1990 ont en effet réduit la marge de manœuvre de l'État, pris dans sa branche exécutive comme dans sa branche législative, et ce, du fait des nouvelles contraintes, tant nationales que supranationales, qu'elles ont fait peser sur lui.

Le Constituant aurait-il consenti à l'érosion de la souveraineté, tant nationale que populaire ?

L'érosion interne de la souveraineté populaire s'est ajoutée à son érosion externe, les deux entretenant au demeurant d'étroits rapports de renforcement mutuel.

L'érosion externe de la souveraineté résulte des modifications apportées à la Constitution pour permettre de ratifier les traités européens et opérer les vagues successives de transferts de compétences : traité de Maastricht en juin 1992 ; accords en matière de droit d'asile en novembre 1993 ; traité d'Amsterdam en janvier 1999 ; mandat d'arrêt européen en mars 2003 ; traité constitutionnel européen en mars 2005 ; traité de Lisbonne en février 2008.

Au-delà de ces transferts et partages de compétences, consentis dans des domaines souvent régaliens (monnaie, négociation d'accords commerciaux internationaux, questions migratoires, justice, discipline budgétaire...), ces révisions consacrent :

- des modalités décisionnelles (majorité qualifiée, pouvoir codécisionnel du Parlement européen, perte d'initiative des États membres...) privant l'État national de ses prérogatives dans des matières intéressant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (comme le relève le Conseil constitutionnel dans ses décisions de novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe et de décembre 2007 sur le traité de Lisbonne) ;
- la primauté du droit européen – y compris celui issu du droit européen dérivé (directives et règlements) – sur la loi nationale, même constitutionnelle, laquelle est dès lors vouée à n'être qu'une mesure d'application de la directive (comme le décret d'application par rapport à la loi).

Ces abandons de souveraineté se heurtent à une réticence populaire croissante. Le traité de Maastricht n'est approuvé que de justesse lors du référendum de septembre 1992 : 13.165.475 ouis, 12.626.700 nons et 904.451 blancs et nuls. Le total des nons, blancs et nuls – 13.531.151 – dépasse donc le nombre des ouis. Quant au traité « établissant une Constitution pour l'Europe », il est rejeté lors du référendum de mai 2005 par la majorité des suffrages exprimés.

Toutefois, ces transferts sont désirés par les élites politico-économico-médiatico-intellectuelles. Au besoin, celles-ci passent outre à la volonté populaire, en admettant la ratification, par voie parlementaire, d'un traité (celui de Lisbonne) presque identique à celui rejeté par référendum trois ans auparavant.

Voilà pour l'érosion externe de la souveraineté populaire. Celle-ci connaît également une érosion interne.

La révision de 2000 sur le quinquennat, accompagnée du recalage des élections législatives au lendemain de la présidentielle, paraissait mettre fin au risque de basculement de la direction des affaires publiques d'une tête à l'autre du pouvoir exécutif. La cohabitation avait des inconvénients (le Président de la République se tenant en embuscade de la politique gouvernementale), mais permettait au Premier ministre, chef de la majorité, de déterminer et de conduire la politique de la Nation. Les trois fois (1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002), cela s'est fait sans crise majeure, moyennant une lecture parlementaire de la Constitution, à laquelle celle-ci se prêtait du reste fort bien.

En exaspérant la dimension présidentielle de la Vème République, la synchronisation des élections présidentielle et législatives (celles-ci suivant immédiatement celle-là) a produit des effets pervers qui ont déséquilibré le fonctionnement des institutions plus gravement que la réalisation épisodique du risque de cohabitation. Ces effets pervers se sont révélés à l'usage : un Chef de l'Etat obligé de descendre constamment dans l'arène et de s'ingérer dans le détail

des politiques publiques ; une focalisation, sur sa personne, de toutes les frustrations du corps social, le conduisant à préférer l'esquive à l'offensive et la communication à l'action ; une dévitalisation du rôle du Premier ministre ; une dépréciation de l'Assemblée nationale dont les membres sont élus non pour eux-mêmes, mais parce que porteurs de la marque présidentielle (ou de la marque antiprésidentielle).

La loi constitutionnelle du 1er mars 2005 (relative à la Charte de l'environnement) soumet les pouvoirs publics à de fortes exigences, de fond comme de forme, en matière de décisions relatives à l'environnement, notion aux contours d'ailleurs incertains. Ces contraintes sont elles-mêmes de portée imprécise et leurs conséquences n'avaient guère été anticipées. Ainsi, le contenu normatif du « principe de précaution » n'est pas encore clairement fixé, et cette indétermination même, par l'insécurité juridique qu'elle génère, hypothèque bien des initiatives. La Charte de l'environnement a malmené une des options premières de la Constitution de 1958 en faisant remonter au niveau de la loi les modalités selon lesquelles le public participe aux décisions ayant une incidence sur l'environnement, y compris lorsque ces décisions ont un caractère individuel. Il est vrai que les deux ailes du Palais Royal (Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel) se sont employées, bien avant la Charte de l'environnement, à étendre le domaine de la loi par rapport à ce qui semblait résulter, en 1958, des articles 34 et 37 de la Constitution.

Et la révision constitutionnelle de 2008, comment s'inscrit-elle dans cette séquence ?

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a bousculé tous les équilibres institutionnels de la Vème République.

Répondant à une commande très ouverte du Président de la République, le « *comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République* », présidé par Edouard Balladur, publiait son rapport à l'automne 2007. Par la composition du comité, comme par l'esprit qui l'anime, c'est un travail d'universitaires réformistes, partisans de transformations de bon ton, substantielles mais paisibles, qui tiennent la question des institutions comme essentielle pour la rénovation de la vie publique. Les préconisations du comité reflètent un consensus académique sur la modernisation des institutions, conforme au modèle libéral européen : réduction de l'emprise de l'Exécutif sur le travail parlementaire ; renforcement des droits de l'opposition ; attribution au juge constitutionnel de la plénitude de ses pouvoirs de contrôle (y compris *ex post*, à l'initiative d'un particulier) ; promotion des droits subjectifs (avec la création d'un Défenseur des droits à l'image du défenseur du peuple espagnol ou de l'ombudsman suédois). Ces propositions se réclament d'un standard des nations civilisées, dont la France se serait séparée. Il s'agit en conséquence de remettre notre pays sur un droit chemin démocratique dont il se serait écarté lors de la faute originelle de 1958.

Le politique s'incline avec docilité devant cette prescription. Le projet reprend, parfois à la lettre près, le cœur (un gros tiers) des 77 propositions du comité (dont toutes ne sont pas de niveau constitutionnel). Il suscite étonnamment peu de débats pour un texte de cette importance, à la fois quantitative (la plus longue loi constitutionnelle depuis 1958 : 47 articles) et qualitative. À quelques exceptions près, peu de changements substantiels lui sont apportés au Parlement.

Dans chacune de ses chambres, puis en Congrès, les parlementaires approuveront ce paquet

volens nolens , tout en l' « enrichissant » (comme on dit aujourd'hui) de quelques notables apports :

- l'extension de l'habilitation donnée à la loi de « *favoriser l'égalité des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales* », habilitation dont il sera fait un usage directif et intensif sous la forme de quotas par sexe ;

- le « *référendum d'initiative partagée* » (un cinquième des membres du Parlement et un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales), qui, à l'inverse de la disposition précédente, n'a connu qu'un cas d'application : la proposition de loi affirmant le caractère public de l'exploitation d'Aéroports de Paris. Application d'ailleurs inaboutie : lancé en juin 2019, le recueil de signatures n'avait recueilli à l'échéance (mars 2020) qu'un peu plus d'un million de noms d'électeurs sur les 4,7 millions nécessaires.

Le Congrès vote la loi constitutionnelle d'extrême justesse, grâce à l'implication personnelle du Chef de l'État qui n'hésite pas à téléphoner aux députés hésitants. C'est dire que la révision n'a pas suscité de ferveur.

Deux aspects de la révision ont eu de grandes répercussions, selon moi négatives, sur notre vie publique : la modification de la procédure législative et l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

La révision de 2008 ne revalorise-t-elle pas le travail parlementaire ?

Dans son volet parlementaire, la révision procède à rien de moins qu'à l'abandon des traits les plus distinctifs du parlementarisme rationalisé institué en 1958 : maîtrise de l'ordre du jour par le Gouvernement ; discussion des textes sur la base du projet du Gouvernement ; prohibition des résolutions ; possibilité non plafonnée, pour le Gouvernement, d'engager sa responsabilité sur le vote d'un texte.

Cet abandon ne s'est pas traduit par un meilleur fonctionnement du Parlement.

De toutes les innovations de 2008, en matière de travail parlementaire, celle qui aura le plus d'effets pratiques est la discussion en séance publique non plus sur le texte initial du Gouvernement, mais sur le texte du projet de loi, tel qu'amendé par la commission compétente. Les ministres devront être désormais très présents en commission pour maintenir le projet sur ses rails, ce qui ne les dispensera pas d'être également très présents en séance publique pour « remonter la pente » (s'il se peut), lorsqu'ils n'ont pas eu gain de cause en commission. Lorsque le texte est dépecé en commission, les amendements adoptés en son sein manquent du recul nécessaire et la qualité de la loi s'en ressent. La nouvelle procédure n'a pas sensiblement contribué, comme on l'avait espéré, à purger les séances publiques de la discussion d'amendements techniques et rédactionnels. On avait expliqué que ces discussions se tiendraient désormais en commission, laissant à la séance publique le privilège du débat, proprement politique, sur l'essentiel. À l'expérience, il apparaît que les deux aspects, le technique et le politique, sont présents aux deux stades de la discussion parlementaire. En vérité, ils ne sont pas si aisément séparables...

Du point de vue de l'équilibre des pouvoirs, l'Exécutif a perdu en partie la main, en 2008, sur la procédure législative. Il y consacre beaucoup plus de temps et d'énergie, sans que le Parlement devienne, plus que par le passé, protagoniste de réformes. Comme auparavant, sa

contribution au travail législatif est surtout d'amender, voire de sur-amender les projets de loi, le plus souvent à la marge. Les quelques propositions de loi adoptées restent, sauf exception, de portée limitée.

Le parlementarisme rationalisé n'a pas été inventé en 1958 pour abaisser le Parlement, mais pour rendre à l'ensemble de nos institutions une efficacité et une crédibilité qu'elles avaient perdues sous les Républiques précédentes. La question centrale en démocratie est moins celle du réglage des prérogatives réciproques des divers pouvoirs que celle de la capacité globale des institutions à formuler la volonté générale, en répondant aux besoins présents et futurs de la Nation. On parle beaucoup de la toute-puissance du Chef de l'Etat français, sans voir que cette toute-puissance s'exerce au sein d'une sphère exécutive de moins en moins puissante. Ce second aspect me frappe plus que le premier.

Les effets perturbateurs de l'abandon des paramètres essentiels du parlementarisme rationalisé ont pu être présentés comme surmontables par la grâce du fait majoritaire. Mais le fait majoritaire, comme son nom l'indique, n'est qu'un fait et, comme tous les faits, il peut changer. Nous avons déjà connu, sous la Vème République, des majorités fragiles (1988-1993) et l'emploi de l'article 49 (3ème alinéa) avait alors constitué un adjuvant irremplaçable. Le « 49-3 » a servi dans des hypothèses pour lesquelles il n'avait pas été conçu et dans lesquelles le fait majoritaire est inopérant, notamment en cas d'obstruction. Nous avons déjà eu des preuves éclatantes de la fragilité du fait majoritaire, sous le mandat de François Hollande, avec la discussion de la « loi Macron », celle de la loi constitutionnelle sur la déchéance de nationalité des terroristes et celle de la loi El Khomri. Mais tout cela n'était rien à côté de ce qui s'est installé dans notre paysage politique en juin 2022. Le fait majoritaire est aujourd'hui mis à mal avec une majorité relative et faiblement soudée, en butte à des oppositions radicales et obligée de composer avec les états d'âme de groupes charnières.

On voit maintenant combien les déchirures de ce « filet de sécurité » juridique qu'a constitué le parlementarisme rationalisé peuvent être préjudiciables à la gouvernance. Le Gouvernement est conduit à recourir au subterfuge de l'article 47-1, autrement dit au peu de parlementarisme rationalisé qui lui reste, pour faire passer sa réforme des retraites

Privée des parades que lui fournit le parlementarisme rationalisé, la démocratie représentative est exposée au blocage. Le comité Balladur était-il conscient, en 2008, d'avoir injurié l'avenir ? A la lecture de son rapport, on a plutôt l'impression que tout risque de turbulence sera conjuré par la bonne volonté qui ne manquera pas de régner sur nos institutions, une fois restaurées les prérogatives dont le parlementarisme rationalisé avait dépouillé la Représentation nationale. Le pari de la raison et de la modération ne surprend pas venant d'un cercle de personnalités elles-mêmes raisonnables et modérées. Mais la scène politique, nous le savons, est celle des passions. Le pari de la raison est-il bien raisonnable ? L'actualité de la réforme des retraites répond par la négative.

En permettant au citoyen de contester la loi au nom de la Constitution, la révision de 2008 ne fait-elle pas progresser l'Etat de droit ?

La révision de 2008 met en effet en majesté le juge constitutionnel, mais c'est au prix de la judiciarisation de la vie publique et de la dévaluation de la loi. Avec les dispositions relatives à la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), c'est-à-dire avec la fin de l'immunité constitutionnelle des lois promulguées, le juge constitutionnel acquiert un pouvoir considérable sur le législateur, c'est-à-dire à la fois sur l'Exécutif et le Parlement.

Le contrôle de constitutionnalité exclusivement *a priori* avait deux caractéristiques :

- La première était de mettre à l'abri de la chicane les dispositions promulguées, en limitant le contrôle du Conseil constitutionnel au flux et en préservant le stock. La loi existante n'était certes pas à l'abri des foudres des cours supranationales de Strasbourg (CEDH) et de Luxembourg (CJUE), ni même du juge national ordinaire lorsqu'il faisait prévaloir le traité sur la loi contraire, mais elle l'était du juge de la rue de Montpensier ;

- La seconde était de réserver la saisine aux plus hautes autorités de la République et aux parlementaires (soixante signataires au moins par assemblée). Jusqu'ici, le Conseil constitutionnel arbitrait donc des conflits politiques au sein de la Représentation nationale autant qu'il tranchait des questions de fond relatives au fonctionnement des institutions ou aux droits et libertés. Il était, ce faisant, régulateur des pouvoirs publics autant, sinon plus, que juge. À l'exception des lois organiques (qu'il examinait *ex officio*), les lois consensuelles échappaient à sa censure.

Il n'en est plus ainsi dès lors qu'au contrôle *a priori* (qui demeure), s'ajoute un contrôle *a posteriori* que peut déclencher toute personne estimant que la loi qui lui est appliquée porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. La question peut être soulevée devant le juge ordinaire qui la renvoie à sa cour suprême. S'il l'estime nouvelle et sérieuse, le Conseil d'État ou la Cour de cassation, selon le cas, soumet la question au Conseil constitutionnel qui se prononce dans les trois mois.

Contrairement à ce qui avait été prévu, le nombre de QPC jugées par le Conseil constitutionnel se maintient à un niveau assez élevé. Un millier de QPC ont été soumises à la rue de Montpensier depuis l'ouverture de cette voie de recours (2010). Est ainsi contredit le pronostic initial selon lequel, le stock normatif une fois purgé des inconstitutionnalités flagrantes entachant des textes votés avant le contrôle de constitutionnalité (on citait l'internement psychiatrique d'office), le flot des QPC se tarirait, car « il n'y aurait plus de cadavres dans les placards » de l'ordonnancement juridique. Il n'en a rien été. Treize ans après l'ouverture de la QPC, le nombre d'affaires jugées se maintient à une ou deux par semaine, malgré le filtrage opéré par les deux cours suprêmes. Du fait de la QPC, le Conseil constitutionnel juge près de trois fois plus d'affaires par an (affaires électorales comprises) qu'avant la révision. Le changement est également qualitatif : avec la nécessité du contradictoire, les audiences publiques et les plaidoiries d'avocats, le Conseil constitutionnel est devenu une juridiction, ce qui se marque dans sa procédure comme dans son *decorum*.

Le taux de censure n'est pas négligeable (un sur trois). Sont touchées tant des dispositions anciennes, parfois très anciennes, que des textes récents, parfois très récents. Ces censures conduisent le législateur soit à repenser une législation déjà en vigueur, soit à revoir sa récente copie. Des pans entiers de la législation, y compris dans des domaines sensibles – droit pénal, fiscalité, sécurité sociale, droit commercial, droit civil, droit du travail... – doivent être ainsi remis en chantier. A s'en tenir au droit pénal, citons la garde à vue, la détention provisoire, les perquisitions, les saisies, la transaction pénale, le régime pénitentiaire, l'exécution des peines, les sanctions tombant sous le coup de la règle « *ne bis in idem* » etc.

Tout y passe, ou tout est susceptible d'y passer : qui aurait pensé en 2008 que la corrida, les combats de coqs, la loi de 1807 sur le dessèchement des marais ou la prohibition du bisphénol dans les tétines de biberon seraient des questions constitutionnelles ? Avec la QPC, bien

davantage qu'avec le contrôle *a priori*, le constitutionnalisme « irrigue » toutes les branches du droit, selon l'expression consacrée par une doctrine universitaire évidemment enchantée.

La jurisprudence s'étoffant avec le nombre de QPC formées sur un même sujet et l'imagination des avocats étant sans bornes, cette jurisprudence se fait plus sophistiquée, plus casuistique et donc aussi moins lisible. Elle conduit à des allers et retours entre le Parlement et le juge de la loi. Soucieux de ne pas créer de vide juridique, le Conseil constitutionnel donne un effet différé à l'abrogation de dispositions existantes. Il laisse ainsi au législateur le temps de « recoller les pots cassés », tout en lui prescrivant, par ses *considérants*, la manière de réparer. La censure *a posteriori* devient ainsi, comme la transposition des directives, une source importante de « législation contrainte », s'imputant sur un temps parlementaire déjà chargé et alimentant l'inflation normative.

La QPC met en relief, dans le cas français, la considérable contraction de la marge décisionnelle des représentations nationales en Occident, au cours des cinquante dernières années, du fait de l'emprise des cours suprêmes nationales et supranationales. La surenchère prétorienne de leurs jurisprudences, toujours plus constructives, tirant des conséquences toujours plus précises des énoncés généraux figurant dans nos chartes des droits, marque un effacement de la démocratie représentative et, partant, de la souveraineté populaire, face à une « *démocratie des droits* » qui a le juge, et non plus l'élu de la Nation, comme acteur majeur, pour ne pas dire comme grand prêtre.

Le culte des droits individuels n'est-il pas devenu en effet notre nouvelle religion officielle, avec ses officiants, ses bigots et ses inquisiteurs ?

Est-ce à dire que la révision constitutionnelle de 2008 a été une mauvaise affaire pour la République ?

La révision de 2008 consacre un double affaiblissement de l'Exécutif, qui fait suite aux conséquences de l'instauration du quinquennat en 2000 : par la moindre maîtrise de la procédure législative et par le rétrécissement de sa latitude décisionnelle dans les limites assignées (ou selon les injonctions émises) par un juge constitutionnel omniprésent, dont la pression s'ajoute à celles des cours supra nationales.

Cette *capitis diminutio* est paradoxale car elle a été voulue, sous la treizième législature, par un Président - Nicolas Sarkozy - qui disait œuvrer au retour de la volonté politique et à la restauration de l'autorité de l'État, après des années dénoncées par lui, non sans raison, comme marquées par la pusillanimité des pouvoirs publics.

Et la leçon n'est pas apprise. Il est sidérant d'entendre de hautes personnalités politiques se prononcer maintenant en faveur d'un nouvel accroissement des pouvoirs du Conseil constitutionnel et de sa transformation en Cour suprême chapeautant l'ensemble des juridictions nationales. Le politique s'estimerait-il insuffisamment dépossédé ? Le pouvoir qui lui reste lui pèserait-il encore trop ?

Que penser du projet de révision de 2018, retouché en 2019 ?

Les projets de révision déposés en 2018 et en 2019 (et les dispositions de loi qui les accompagnent) poursuivent dans la même voie : celle de l'amoindrissement des prérogatives du Souverain. Il en est ainsi de son volet « justice », qui détériore la position du pouvoir exécutif

par rapport à celle du pouvoir judiciaire (renforcement de l'indépendance du Parquet, mise au droit commun de la responsabilité pénale des ministres), comme de son volet relatif au statut des élus » (réduction du nombre de parlementaires, introduction de la proportionnelle aux élections législatives, limitation du cumul des mandats dans le temps).

Au-delà du projet gouvernemental, certains députés s'apprêtaient à ouvrir avec entrain une collection de boîtes de Pandore : officialisation des langues minoritaires ; obligation faite à la loi de garantir dans tous les domaines l'égalité arithmétique entre femmes et hommes ; assouplissement du principe de laïcité dans l'espoir de sceller un pacte concordataire avec l'Islam ; charte du numérique ; saisine du Conseil constitutionnel par le Défenseur des droits ...

Le risque de tomber dans le ridicule était (et serait encore) crânement bravé : remplacement, dans le triptyque républicain, du mot « fraternité » par « adelphité » ; droit de choisir son sexe et d'en changer ; suppression du mot « race » à l'article 1er, lequel ne l'emploie que pour interdire le racisme ; attribution, au même article, d'une vocation écologique à la République ; droits des animaux ... À quand le tri sélectif dans la Constitution ?

Quel bilan tirer des révisions de la Constitution de la Vème République ?

Le bilan global des révisions constitutionnelles, depuis une trentaine d'années ? C'est celui d'un pouvoir politique qui ne cesse de restreindre ses propres marges d'action et de s'enfermer dans des camisoles.

S'agissant de la justiciabilité illimitée de la loi et de l'émergence d'un gouvernement de juges, d'ailleurs polycéphale (trois cours suprêmes nationales et deux européennes, mutuellement indépendantes et en constante surenchère principielle), le paradoxe est que le reflux de la démocratie représentative par rapport à la démocratie des droits soit toléré si docilement par les responsables politiques, au point d'être salué par eux comme un progrès.

Pourquoi ce masochisme, en total contraste avec la volonté de restaurer la liberté de mouvement du pouvoir exécutif qui animait les fondateurs de la Vème République ? Comment expliquer ce paradoxe fascinant d'un pouvoir politique qui, bien que pris en tenailles entre des demandes sociales de plus en plus pressantes et des contre-pouvoirs (intérieurs et extérieurs) de plus en plus impérieux, se ligote au lieu de chercher à dénouer les liens qui l'enserrent ? Serait-ce que resserrer les liens qui l'entravent est la seule véritable marge de manœuvre qui reste à ce Gulliver ficelé sur la plage de Lilliput ?... Et qu'à travers le concours qu'il apporte à son propre confinement, le pouvoir politique se complait à mettre en scène un activisme démocratique, environnemental, social, humanitaire qu'il n'est plus capable d'exercer en prenant à bras le corps les problèmes réels ?

Non seulement les révisions constitutionnelles opérées depuis trente ans n'ont eu aucun effet tangible pour les citoyens (qui pensent que Gouvernement et Parlement feraient mieux de s'occuper des "vrais problèmes") et certaines pas d'effet du tout (la plupart des mesures de 2003 relatives aux collectivités territoriales, le référendum d'initiative partagée de 2008...), non seulement elles ont consommé un temps précieux, mais celles des mesures qui ne sont pas restées sans conséquence ont souvent produit des effets pervers qui affectent indirectement la vie nationale, notamment en termes de fragilisation du pouvoir exécutif (quinquennat, procédure législative), juridicisation de la vie politique (QPC), affaiblissement de l'autorité de l'Etat face aux autres pouvoirs, démembrement de l'Etat (création d'organes comme le Défenseur des droits), abandons de souveraineté (ratification des divers traités européens), alourdissement des procédures (Charte de l'environnement) ou atteintes à l'égalité des droits (quotas).

D'où ce bilan frustrant des révisions depuis une trentaine d'années – mais aussi de toutes les législations par lesquelles les pouvoirs publics se contraignent au lieu d'agir (assainissement de la vie publique, création d'autorités indépendantes ...).

A chaque étape, cette déconstruction de la Vème République se réclame de la modernisation des institutions et du perfectionnement de l'Etat de droit. Elle se veut adaptation, et non répudiation, de l'héritage gaullien. Mais alors que la boussole pointait initialement vers le renforcement du Souverain, elle pointe désormais vers son affaiblissement, au travers des abandons de compétences à des organes supranationaux, de la multiplication des contre-pouvoirs et du fondamentalisme droits-de-l'homme.

Et cette tendance ne peut que s'accroître dans le paysage politique actuel. Nos responsables politiques parlent de réviser la Constitution chaque fois qu'ils entendent montrer l'importance qu'ils attachent à un sujet. C'est la posture qui est recherchée bien avant les effets escomptés

de la révision. Aucune étude d'impact ne documentera d'ailleurs ces derniers. On est loin ici de l'éthique de la responsabilité. On n'est même pas dans l'éthique de la conviction : affichage et communication, sur fond de pensée magique, ont pris les commandes du processus décisionnel.

Il est besogneux et ingrat de défendre une cause au quotidien et de façon concrète. Graver un droit dans le marbre constitutionnel est autrement plus rapide et plus valorisant. Cela vous inscrit à bon compte dans une épopée. C'est une victoire symbolique dont peuvent être attendus des dividendes politiques. C'est aussi une pratique propitiatoire : le verbe constitutionnel est vécu comme performatif. La révision constitutionnelle devient, de la sorte, un substitut de l'action politique. Elle a ceci de séduisant qu'elle permet d'exprimer de hautes exigences, sans que – dans l'immédiat – cela coûte un euro de plus aux budgets publics, ni un effort de plus aux administrations. Un rapport qualité / prix de rêve, mais attention aux conséquences.

La principale est que l'hypertrophie des droits fondamentaux fait naître des créances et suscite des doléances infinies. Là où un droit est proclamé, surtout si c'est un « droit à » (droit à un environnement de qualité, à un logement décent, à un emploi conforme à ses aspirations...), le pouvoir politique et son bras administratif sont sommés d'exaucer. Ils ne peuvent plus arbitrer, ce qui est pourtant au cœur du politique. Qui plus est, le droit nouvellement proclamé entre tôt ou tard en conflit avec des droits concurrents ou avec les intérêts indivis de la société. Seul le juge pourra dire (toujours trop tard pour que la sécurité juridique y trouve son compte) comment il convient de les concilier. C'est ainsi que la démocratie se défait sur le juge. C'est ainsi aussi qu'elle se tétanise en se laissant mouvoir à l'aveuglette par un logiciel abstrait.

Une autre conséquence débilite de la surcharge de la Constitution en droits fondamentaux, surtout s'il s'agit de droits-créances, est l'impossibilité pour la collectivité de les honorer pleinement, compte tenu des résistances du réel et de l'insuffisance des ressources. Cette incapacité à « délivrer » à la hauteur des proclamations constitutionnelles suscitera frustrations, contentieux et ressentiment contre les institutions. Mais elle fera le bonheur des activistes qui soutiendront que l'on n'a pas été assez loin dans la garantie des droits et qu'il faut passer à la vitesse supérieure pour vaincre la résistance des forces réactionnaires. Ce qui alimentera toute une *agit prop* et servira à justifier leurs coups de force : squatter au nom du droit au logement par exemple.

La déconstruction des fondamentaux de 1958 va-t-elle se poursuivre ?

Peut-on imaginer de changer le cap dans un sens conforme aux intérêts supérieurs de la Nation, aux attentes de nos compatriotes et à la vision du fondateur de la Cinquième République ? A cette question, deux types de réponses.

La première est de l'ordre des accommodements raisonnables : par exemple en mieux armant les assemblées contre l'obstruction. Ou en renforçant les exigences relatives à l'étude d'impact des lois.

La seconde consiste à restaurer la souveraineté, dans sa dimension nationale comme dans sa dimension populaire. Comment ? En passant d'une Europe des institutions à une Europe des coopérations. En n'assujettissant plus la loi nouvelle au traité antérieur. En désynchronisant les élections présidentielle et législatives. En rétablissant la boîte à outils du parlementarisme rationalisé. En remembrant l'Etat. En revenant au partage loi règlement qu'avaient en tête les rédacteurs du texte de 1958. En séparant le parquet du siège et en redonnant au ministre de la justice la possibilité de donner au procureur des instructions écrites (versées au dossier) dans les affaires particulières. En réaménageant le contrôle de constitutionnalité dans un sens plus respectueux de la séparation des pouvoirs. En permettant le maintien en vigueur d'une

disposition législative déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel ou contraire à un traité par une cour supranationale, dès lors que le Parlement se prononcerait expressément en ce sens par un vote à la majorité qualifiée.

S'imposerait à tous ces égards une révision constitutionnelle, mais une révision d'un tout autre genre que celles des trente dernières années. On mesure par avance combien elle telle révision révolterait la bien-pensance et susciterait un psychodrame à l'intérieur et hors de nos frontières. Ce changement de paradigme prendrait en effet à rebrousse-poil des décennies d'évolution des idées politico-juridiques en France comme en Europe. Il serait dénoncé comme une régression autoritaire et liberticide par la majorité des forces politiques. Et, de fait, il serait « réactionnaire », au sens propre du mot (« *en réaction contre une évolution en cours, jugée contraire à des principes fondateurs et productrice d'effets néfastes* »).

Pour autant, ces changements constitutionnels et conventionnels seraient des remèdes moins chirurgicaux que le *Frexit* ou que la suppression pure et simple du contrôle de constitutionnalité. Ils mettraient en place un cadre juridique proche de celui qui régissait notre pays il y a un demi-siècle. Dira-t-on que la République que présidaient Georges Pompidou et Valéry Giscard d'Estaing n'était pas un Etat de droit ? Dira-t-on que les Pays-Bas et la Suède, qui ne connaissent pas le contrôle de constitutionnalité, ne sont pas des Etats de droit ?