

## CONCOURS ENM 2024

### Droit public

#### 1/ Les révisions de la Constitution

Une Constitution ne saurait être appréhendée comme un texte immuable, figé, intouchable et sacré mais à l'inverse comme un texte évolutif, susceptible de s'adapter aux circonstances politiques, juridiques, sociales ou sociétales sans crainte d'une défiguration intrinsèque ce qui doit induire une indispensable capacité d'adaptation qui a été au demeurant largement utilisée depuis 1958 en France (25 révisions). Il est constant que le nombre et le rythme des révisions ont connu en France entre les années 90 et 2000 une accélération évidente (6 révisions entre 1958 et 1992 et 18 entre 1992 et 2008) conduisant ce faisant à de légitimes interrogations quant au bien-fondé et à l'opportunité de cette fréquence révisionnelle qui pourrait affecter la cohérence du texte suprême et favoriser dès lors une fragilité constitutionnelle. Pour autant, laisser la Constitution dans son écrin originel l'expose à une obsolescence programmée inquiétante dans une démocratie moderne. Autrement dit, doit-on voir dans cette « révisionnisme aigüe » un indice irréfragable d'une dénaturation du régime fondé en 1958 ou à l'inverse un signe d'une heureuse vitalité de nature à permettre une pérennité si précaire depuis 1791 à l'exception de la III<sup>e</sup> République? La Constitution représentant le texte suprême dans un Etat de droit, sa modification répond sous la V<sup>e</sup> République à une procédure tout à fait spécifique dont la complexité est à l'aune de la supériorité juridique du texte (I) mais dont les résultats paraissent contrastés (II).

#### I) Une procédure de révision complexe entourée de garanties

La procédure de révision de la Constitution de 1958 ne s'apparente en aucune façon à la procédure législative classique (A) et se voit entourée de garanties destinées à éviter toute dénaturation déstabilisante (B).

##### A) La complexité de la procédure de révision

C'est l'article 89 de la Constitution de 1958 qui pose les canons de la révision (1), deux procédures dérogatoires étant toutefois prévues l'une à l'article 85 alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte (abrogé par la révision de 1995), l'autre issue de la pratique de la V<sup>e</sup> République à savoir l'article 11 (2).

##### 1) La procédure révisionnelle de droit commun.

L'article 89 établit une intervention complémentaire du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif aussi bien en ce qui concerne l'initiative de la révision qui appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement, qu'en ce qui concerne le vote proprement dit de la révision. En effet, après avoir été adopté en termes identiques par les deux Chambres siégeant séparément, le texte est définitivement approuvé par référendum constituant (procédure de droit commun), ou soumis au Congrès réuni à Versailles (procédure dérogatoire) qui devra alors l'approuver à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés (procédure que le général de Gaulle n'envisageait que pour les « réformettes »). La formule du référendum constituant n'a cependant été empruntée qu'une seule fois depuis 1958 (le 24

septembre 2000), l'immense majorité des révisions constitutionnelles ayant pris le détour du Congrès, procédure plus rapide, moins périlleuse pour le chef de l'Etat et moins onéreuse.

## 2) Les procédures révisionnelles dérogatoires.

L'article 85 de la Constitution de 1958 contenait, dans ses deux alinéas, deux modes de révision relatifs aux dispositions du Titre XIII de la Constitution « *De la Communauté* » (Titre abrogé par la révision du 4 août 1995). La révision sur le fonctionnement des institutions communes de la Communauté devait être votée dans les mêmes termes par le Parlement de la République et le Sénat de la Communauté (alinéa 1<sup>er</sup>), ou par accords conclus entre tous les Etats membres de la Communauté (alinéa 2).

Quant à l'autre modalité de révision dérogatoire, légitimée par la pratique mais non reconnue dans le texte constitutionnel, elle réside dans l'emploi de l'article 11 utilisé le 28 octobre 1962 (élection au suffrage universel direct du président de la République) ainsi que le 27 avril 1969 (régionalisation et « rénovation » du Sénat). Le Conseil d'Etat a dénoncé à l'unanimité moins une voix cette procédure le 1<sup>er</sup> octobre 1962 et le Conseil constitutionnel a délivré un avis négatif sur la question. Le doyen Georges Vedel a parlé à cette occasion de coutume *contra legem* légitimée par l'approbation populaire et le président (radical) du Sénat de l'époque, Gaston Monnerville, alla même jusqu'à qualifier le comportement présidentiel de « *forfaiture* ». Le procédé ne correspond certes pas aux canons constitutionnels prévus à l'article 89 mais l'approbation populaire de 1962 l'aurait en quelque sorte « constitutionnalisé ». Il en est résulté une coutume aujourd'hui acceptée par le monde politique, le président Macron n'ayant d'ailleurs pas exclu le principe d'y recourir à l'occasion de la révision constitutionnelle diligentée durant son premier mandat.

## B) Les garanties de la procédure de révision

Les garanties prennent en premier lieu la forme de limites au déclenchement d'une procédure de révision (1), puis se concrétisent par une intervention parlementaire (2).

### 1) Les limites au déclenchement de la procédure.

L'avant dernier alinéa de l'article 89 empêche l'engagement ou la poursuite d'une procédure de révision en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire afin d'éviter le renouvellement de vote de lois circonstancielles telle celle du 10 juillet 1940 (loi « scélérate ») conférant dans la précipitation les pleins pouvoirs à Philippe Pétain. Le dernier alinéa du même article proscrit en outre la révision de la forme républicaine du Gouvernement solennellement affirmée par l'amendement « Wallon » du 30 janvier 1875. Par ailleurs, toujours dans le souci d'éviter de mettre en chantier une révision alors que les circonstances ne s'y prêtent pas, l'article 7 *in fine* de la Constitution prévoit qu'il ne peut être fait application de l'article 89 « *durant la vacance de la présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur* ». Dans l'hypothèse d'une vacance présidentielle, l'intérimaire (en l'occurrence le président du Sénat) ne dispose pas de la plénitude des compétences présidentielles et lui échappe notamment le pouvoir de révision. Au surplus, la révision constitutionnelle semble peu envisageable dans le cadre de l'article 16 en ce que parmi les conditions requises pour son application doit être « *menacée d'une manière grave et immédiate l'intégrité du*

*territoire* » et, l'article 89 avant dernier alinéa précité rejette toute révision en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire. S'il ne peut y avoir de révision en cas d'« *atteinte à l'intégrité du territoire* », *a fortiori* cette procédure est interdite en cas d'atteinte « *grave et immédiate* », le Conseil constitutionnel ayant d'ailleurs adopté cette position dans sa décision du 2 septembre 1992. Enfin, le président de la République qui « *veille au respect de la Constitution* » (article 5) ne saurait organiser un référendum remettant en cause les fondements du régime comme la souveraineté, la démocratie, ou la séparation des pouvoirs.

## 2) La protection parlementaire.

L'article 89 (mais aussi l'article 85) attribue toute sa place au Parlement en matière de révision, son intervention garantissant le régime contre toutes tentatives condamnables. Le Sénat joue un rôle unique en la matière, rôle qu'il s'est arrogé en pratique. Outre le rejet pur et simple des projets de révision (1984, 1990, 2016, 2021), il parvient souvent à influencer le contenu de la réforme en monnayant sa participation à la révision comme en 1992 (le Sénat a obtenu que la loi organique appliquant l'article 88-3 de la Constitution soit « *relative au Sénat* » impliquant que les deux Chambres adoptent le texte dans les mêmes termes sans dernier mot à l'Assemblée nationale), en 1995 (les sénateurs ont obtenu l'intervention préalable du Parlement sous la forme d'un débat sans vote relativement à la décision du président de la République de soumettre un projet de loi au référendum législatif), en 1996 (le calendrier d'adoption des lois de financement de la sécurité sociale a été imposé par le Sénat), en 1999 (les sénateurs ont obtenu une modification de l'article 4 de la Constitution dans le cadre de la parité) et en 2008 (les sénateurs ont écarté la modification de leur condition d'élection). Ce « droit de véto constituant » arrogé par le Sénat suscite beaucoup de contestations et le Comité « Vedel », suivi en cela par la Commission « Balladur », avait envisagé de l'écartier en révisant l'article 89 afin de permettre à une seule assemblée (en l'occurrence l'Assemblée nationale) de voter une révision à la majorité absolue de ses membres, lui permettant alors de se dispenser du vote et de l'accord de l'autre Chambre.

### II) Une procédure de révision aux résultats mitigés

Certains des chantiers constitutionnels ont permis une refonte opportune et utile d'un texte parfois obsolète (A). D'autres ont soit été arrêtés en cours de procédure, soit n'ont pas atteint les objectifs escomptés (B).

#### A) Des réformes appropriées

Deux institutions fondamentales de la V<sup>e</sup> République ont profité d'utiles modifications constitutionnelles. Il s'agit du président de la République (1) et du Conseil constitutionnel (2).

#### 1) Le réaménagement de la fonction présidentielle.

L'élection directe par le peuple depuis 1962 confère au président de la République un statut unique par son assise populaire. À partir de cette légitimité électorale, le détenteur de la magistrature suprême a pu remodeler la configuration de son rôle en annexant des pans entiers de prérogatives constitutionnelles au détriment des autres autorités institutionnelles, notamment le Premier ministre qui, pour sa part, ne peut arguer que d'une simple légitimité politique. La révision

de 1962 a provoqué (ou simplement authentifié) le phénomène de « *présidentialisation* » de la V<sup>e</sup> République. L'idée de mandat reçu par le peuple a ainsi été avancée en 1986 et 1993 au début des deux périodes de cohabitation afin de repousser l'idée d'une démission présidentielle à la suite d'élections législatives contraires à la majorité présidentielle et gouvernementale en place jusqu'alors.

## 2) La consécration du Conseil constitutionnel.

Bien que créé dès 1958, le Conseil constitutionnel n'a pas marqué de son empreinte les débuts de la V<sup>e</sup> République, son activité demeurant dès plus limitée d'un point de vue quantitatif (neuf décisions rendues sur des lois ordinaires jusqu'en 1973 et dix sept sur des lois organiques). L'élargissement des conditions de saisine en 1974 par l'ouverture à soixante parlementaires sur le fondement de l'article 61 a véritablement ancré le juge constitutionnel dans la pratique du système institutionnel. Depuis 1974, les saisines parlementaires se sont en effet avérées les plus nombreuses, particulièrement celles des députés de l'opposition, le Conseil constitutionnel évitant ce faisant que l'opposition parlementaire ait juridiquement tort du seul fait de son statut de minorité politique. La révision de 2008 a complété cette métamorphose du juge constitutionnel par la consécration à l'article 61-1 de la question prioritaire de constitutionnalité consacrant l'exercice d'un contrôle concret et *a posteriori*.

### B) Des réformes insatisfaisantes

Des projets de révision ont été suspendus, arrêtés en cours de procédure voire reportés (1), d'autres paraissent peu convaincants pour ne pas dire suspects et inutiles (2).

#### 1) Des réformes suspendues ou avortées.

L'instauration d'un quinquennat présidentiel avait été lancée par le président Pompidou le 10 septembre 1973 dans le cadre de la procédure de l'article 89 mais la majorité recueillie dans chacune des deux Assemblées ne permettant pas d'augurer une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés au Congrès, la réforme ne fut pas poursuivie par sécurité politique. Par ailleurs, la réforme du 27 septembre 1974 concernant la faculté accordée à un membre du Gouvernement (ancien parlementaire) de recouvrer son mandat de parlementaire dans un délai de six mois suivant sa sortie de l'équipe gouvernementale connut le même sort procédural. Plus récemment, le 18 janvier 2000, le président Chirac a pris l'initiative de reporter *sine die* la réunion du Congrès qui était appelé le 24 janvier à ratifier la révision constitutionnelle modifiant la composition et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature. Afin que le chef de l'Etat, par sa seule inertie, fasse obstacle à la volonté du pouvoir constituant, la Commission « Balladur » a suggéré en 2008 une modification de l'article 89 de la Constitution avec l'introduction de l'obligation impartie au chef de l'Etat d'organiser un référendum dans les six mois lorsque le projet ou la proposition de révision a été votée par les deux Assemblées en termes identiques.

En 1984 et 1990, le président Mitterrand souhaita élargir le champ d'intervention du référendum au domaine des libertés publiques et introduire la technique de la question préjudicielle de constitutionnalité mais ses initiatives furent repoussées par le Sénat. En 2016, le Président François Hollande a dû renoncer à la déchéance de nationalité eu égard à l'opposition sénatoriale

tout comme le président Macron en 2021, le Sénat étant dans ce dernier cas notamment opposé à la limitation du caractère renouvelable des mandats parlementaires.

## 2) Des réformes perfectibles.

Réviser ne signifie pas forcément dégager une solution durable. À cet égard, la révision de 1963 sur le régime des sessions ordinaires (fixation de dates précises pour l'ouverture des sessions) n'a pas contribué à mettre en place un réel contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale, ce qui a conduit à l'adoption d'un nouveau texte en 1995 sur le même sujet (régime de session unique). En 1992, devant les avancées réalisées dans le domaine de la construction communautaire et devant l'influence prégnante du Droit communautaire, il est apparu indispensable de mieux associer le Parlement français à cette construction, notamment grâce à l'introduction d'une procédure d'information et d'un contrôle de celle-ci, mais l'article 88-4 mis en place dans la Constitution (instaurant le vote d'une résolution parlementaire sur le projet d'acte communautaire touchant à un domaine législatif) n'a pas véritablement satisfait à cette exigence. Quant à l'objectif de revalorisation du Parlement poursuivi par la révision de 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale, il semble que le Gouvernement soit plutôt le principal bénéficiaire du dispositif avec des assemblées parlementaires peinant à devenir d'authentiques interlocutrices de l'exécutif dans le domaine social. De même, quelques-unes de ces révisions répondant à des circonstances particulières, souvent émotionnelles, présentent une efficacité très relative. Il s'agit de révisions par réaction comme celle de 1993 sur l'engagement de la responsabilité pénale des ministres et celle de 2007 sur la même responsabilité du chef de l'Etat qui ne s'expliquent, en réalité, que par la multiplication des scandales ayant émaillé la vie politique française de ces dernières années (notamment l'affaire du « sang contaminé » pour les ministres et les affaires de la ville de Paris pour le chef de l'Etat). Pis, certaines révisions peuvent présenter une constitutionnalité douteuse comme celle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie portant des atteintes manifestes au principe de l'indivisibilité de la République, à celui de l'universalité du suffrage et à celui de l'égalité devant la loi). Des dernières révisions peuvent paraître d'une utilité plus contestable telle celle de 2008 consacrant les langues régionales qui « *appartiennent au patrimoine de la France* » (tout comme le béret, la baguette et le camembert qui n'ont toutefois pas bénéficié d'une telle onction constitutionnelle!) ou encore celle de 2024 relative « *la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse* » dont l'une des justifications avancées a résidé dans la remise en cause de cette liberté aux Etats-Unis en 2022 par un arrêt de la Cour suprême (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*) qui en tout état de cause ne saurait connaître d'application en droit français.

## 2/ Le ministre

Membre de l'équipe gouvernementale, le ministre qu'il soit le premier d'entre eux (« *Primus Inter Pares* »), un ministre d'Etat, un ministre délégué ou un secrétaire d'Etat s'inscrit dans une logique de solidarité collective impliquant que les actes des uns rejaillissent sur les autres et inversement. L'action ministérielle doit être coordonnée par le chef de Gouvernement qui n'est pas un supérieur hiérarchique (CE, 1965, *Compagnie marchande de Tunisie*), doit être cohérente et être appréhendée à l'aune d'une démarche interministérielle (notamment assurée par le Secrétariat Général du Gouvernement). Responsable politique autant qu'administratif, le ministre est nommé par le président de la République sur proposition du Premier ministre (article 8 alinéa 2 de la

Constitution de 1958) et se trouve placé à la tête d'un ministère dont la gestion quotidienne le conduit à participer rituellement au conseil des ministres hebdomadaire du mercredi (article 9). Le ministre d'un régime parlementaire est une autorité politique soumise à une double responsabilité politique comme pénale (I) qui dispose de l'exercice d'un pouvoir réglementaire (II).

En premier lieu, le ministre d'un régime parlementaire est une autorité devant rendre des comptes sur le plan politique comme pénal. D'un point de vue politique, le ministre assume une responsabilité collective organisée dans le cadre de l'article 49 de la Constitution de 1958 soit à l'initiative du Premier ministre (alinéas 1, 3 et 4), soit à celle de l'Assemblée nationale (alinéa 2). La chute du Premier ministre dans le cadre de l'une de ces procédures doit conduire à la présentation de sa démission (sauf dans l'hypothèse de l'alinéa 4) et de celle de son Gouvernement au chef de l'Etat (article 50), perspective au demeurant presque inenvisageable dans la pratique parlementaire eu égard à la majorité exigée pour l'aboutissement d'une motion de censure (majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale mathématiquement impossible à atteindre pour l'opposition parlementaire) et à la pratique du « fait majoritaire » dégageant depuis 1962 (sauf en 1986 et 2022) une majorité docile et inféodée à la Chambre basse peu encline à renverser un Gouvernement dont elle partage les engagements politiques. Seuls un miracle ou une conjonction de circonstances très particulières peuvent générer un tel scénario survenu une seule fois en 1962 à l'encontre du Gouvernement dirigé par Georges Pompidou. Ce blocage mathématico-politique de la responsabilité politique collective ministérielle pose la question déterminante de la nature authentiquement parlementaire du régime de la Vème République, le Comité « Vedel » préconisant en 1993 de « réinventer la démocratie parlementaire » par une « ré-activation » de la responsabilité politique. Ce constat posé il y a trente ans n'a à ce jour pas connu de remède efficace. Le ministre assume également une responsabilité plus individuelle correspondant à une logique d'« *accountability* » par l'entremise de laquelle le ministre est présumé responsable des actes et actions menés en son nom, par lui-même ou les personnes placées sous ses ordres, et doit présenter sa démission en cas de dysfonctionnement surtout si celui-ci se révèle préjudiciable. Sous la Vème République, cette responsabilité politique individuelle semble toutefois se déliter en ce que le dysfonctionnement ministériel est désormais assumé non par le ministre concerné, encore moins par le Premier ministre, mais par un haut fonctionnaire servant de « fusible » comme par exemple à l'occasion de l'épisode de la canicule durant l'été 2003 marqué par un défaut de prise en charge des personnes fragiles (quinze mille décès) avec la démission du directeur général de la santé, non du ministre de la santé ou du secrétaire d'Etat aux personnes âgées, en 2008 avec la démission du chef d'état-major de l'armée de terre après le drame survenu à Carcassonne où un militaire a tiré dans la foule pensant utiliser un chargeur de balles à blanc et blessé une quinzaine de personnes, non du ministre de la défense, en 2019 et en 2022 avec la révocation du préfet de police de Paris à la suite du saccage de l'avenue des Champs Elysées dans le cadre d'une manifestation des « Gilets jaunes » et de l'organisation de la finale de la *Champion league* à Saint-Denis, non du ministre de l'intérieur. Au final, les ministres français n'assument alors plus la responsabilité des dysfonctionnements ou des erreurs des agents et des services placés sous leur hiérarchie et d'opportuns remaniements ministériels servent d'exécutoires en ne renommant pas les ministres en difficulté afin de faire en sorte que la fragilisation d'un membre de l'équipe gouvernementale ne rejaille pas sur l'ensemble de la collégialité. D'un point de vue pénal, le ministre est responsable *es qualités* devant la Cour de Justice de la République depuis 1993 (la Haute Cour de Justice avant 1993) consacrant un dispositif de privilège de juridiction. La faible pratique de cette juridiction d'exception depuis 1993, les curiosités procédurales (« *Aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la Cour de justice*

*de la République* ») comme la propension à prononcer que très rarement de condamnations et dans cette hypothèse à dispenser l'intéressé de peine conduit à opérer un glissement continu et diffus vers une responsabilité pénale ordinaire et une « criminalisation » de la vie ministérielle. Ce mouvement de « *criminalisation du Droit constitutionnel* » qui tend « *à subsumer les faits politiques sous les normes pénales, ce qui revient, en dernière analyse, à subordonner le Droit constitutionnel au Droit pénal* » selon Olivier Beaud, risque alors d'ériger la « *pénalisation* » ministérielle croissante en « *substitut commode de la responsabilité politique* ». La responsabilité pénale, par sa dimension publique et passionnelle, rivalise avec la responsabilité politique et pallie les défaillances de celle-ci ce d'autant que l'opinion publique aspire beaucoup plus à une condamnation judiciaire d'un ministre qu'à une chute gouvernementale. Pour autant, comme le regrettait Guy Carcassonne, cette confusion du genre politique et pénal se révèle peu opportune et selon ce dernier « *La Cour de justice de la République n'a nulle raison d'être. Si les reproches adressés à un ministre relèvent de sa responsabilité politique, la Cour est illégitime. S'ils relèvent effectivement de sa responsabilité pénale, la Cour est inutile* ». Le ministre doit donc aujourd'hui rendre des comptes pour ses propres errances comme pour celles de son entourage. C'est faire peser sur lui une présomption de responsabilité criminelle analogue à la présomption de responsabilité politique mais sans la justification théorique de celle-ci et avec tous les risques de la sanction pénale du point de vue de la liberté individuelle.

En second lieu, le Président de la République, le Gouvernement et les ministres assurent le pouvoir réglementaire. Ces derniers, en tant que membres du Gouvernement, participent collégalement à la détermination et à la conduite de la politique générale de la nation (article 20 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution). En tant que chefs d'une administration, ils exercent le pouvoir hiérarchique sur un secteur de l'appareil administratif de l'Etat. Conformément à la jurisprudence *Jamart* du Conseil d'Etat de 1936, le ministre peut exercer, par voie d'arrêté, le pouvoir réglementaire pour organiser ses services et prendre notamment les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité. L'exercice de ce pouvoir réglementaire est en réalité étendu par l'entremise d'habilitation législative ou réglementaire ainsi que par le contreseing des actes du Premier ministre et du président de la République. Ce pouvoir règlementaire du ministre se traduit tout d'abord par les décrets d'application des lois de nature à permettre l'application d'une loi, sans distinguer selon que cette loi « *fixe les règles* » ou « *détermine les principes fondamentaux* » (décision du Conseil constitutionnel du 3 mai 1961). En cas d'absence de décret(s) d'application, la loi se trouve privée de toute application concrète, le décret permettant dans ces conditions son application à condition de la respecter sous peine d'annulation (CE, ass. 27 février 1970, *Sieur Dautan* ; CE, ass. 10 avril 1992, *Association nationale de protection des salmonidés et autres*). D'autre part, le pouvoir réglementaire du ministre s'inscrit également dans le cadre de l'article 37 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, consacrant des règlements autonomes, qui traduisent la capacité normative gouvernementale, détachée et non dérivée du pouvoir législatif, pouvoir législatif qu'ils n'ont pas à exécuter et à mettre en œuvre en ce sens qu'ils interviennent dans des domaines vierges de toutes lois. En 1958, les Constituants ont ainsi créé un pouvoir réglementaire autonome étendu en prévoyant toute une série de matières énumérées par défaut à l'article 37 alinéa 1<sup>er</sup> en référence à l'article 34 de la Constitution. Le ministre en fait dans la pratique un exercice toutefois exceptionnel. Selon le Conseil d'Etat (sect. 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs conseils*), les règlements autonomes doivent respecter les lois (intervenues dans les matières réglementaires avec l'accord du Gouvernement), les principes généraux du droit et *a fortiori* le « *bloc de constitutionnalité* ».