

## ÉDITORIAL

### LA RÉFORME DES INSTITUTIONS AU DÉBUT DE LA SECONDE MI-TEMPS DU MANDAT DU PRÉSIDENT SARKOZY : LE TEMPS D'UNE RÉPUBLIQUE IRRÉPROCHABLE ET PLUS DÉMOCRATIQUE ?

par **Marie-France VERDIER**

*Directrice de la publication*

#### SOMMAIRE

- I. – UN CONTEXTE POLITIQUE DIFFICILE
- II. – LA POURSUITE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE : UNE ACCÉLÉRATION DU TRAIN DES RÉFORMES
- III. – LES RÉFORMES EN PANNE

Le début de la seconde mi-temps du quinquennat du Président SARKOZY se prête à une évaluation du grand chantier institutionnel qu'il a ouvert dès l'été 2007 et qui s'est traduit par la révision constitutionnelle « gigogne »<sup>1</sup> du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Du fait qu'elle « renvoie à des lois organiques pour des questions fondamentales et souvent présentées comme des innovations “phares” »<sup>2</sup>, et qu'« à mi-mandat », la réforme des institutions était « au milieu du gué »<sup>3</sup>, il convient d'aborder la suite de la mise en œuvre de la révision constitutionnelle destinée à rendre, selon les souhaits du Président SARKOZY émis lors de son discours d'Épinal du 12 juillet 2007, notre République « irréprochable »<sup>4</sup> où « les droits des citoyens seraient renforcés », comme dans sa lettre du 18 juin 2010 à Edouard BALLADUR. Nos « concis-

---

<sup>1</sup> M.-F. VERDIER, *Éditorial* « La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : Prélude et fugue d'une révision constitutionnelle “gigogne” sans le peuple », *Politeia*, n° 15, 2009, p. 113-124.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>3</sup> M.-F. VERDIER, *Éditorial* « La réforme des institutions à mi-mandat, au milieu du gué », *Politeia*, n° 16, 2009, p. 147-164.

<sup>4</sup> *Le Monde* du 13 juillet 2007.

*toyens (...) aspirent profondément à une démocratie exemplaire, à une République irréprochable* »<sup>5</sup>.

Le temps de la V<sup>e</sup> République « *plus démocratique* »<sup>6</sup> est-il venu ? Qu'en est-il des principes qui devaient présider à cette ambitieuse modernisation, « *ceux d'une démocratie exemplaire, d'une République irréprochable, d'une vie publique placée sous le signe de la clarté et de la responsabilité et gouvernée par l'intérêt général* », selon les termes du chef de l'État réitérés à l'Élysée, le 28 octobre 2008 ? De tous les engagements de campagne de Nicolas SARKOZY, celui d'une « *République irréprochable* » était sans doute le plus noble. L'exigence de l'opinion est à la mesure de l'attente alors créée.

En dépit du contexte politique difficile (I), le train des lois adoptées prévues par la révision constitutionnelle a accéléré (II), même si certaines réformes sont en panne, seulement annoncées, engagées, voire contrariées, ensablées ou oubliées (III). Le temps d'une république irréprochable et plus démocratique est-il venu ?

#### I. – UN CONTEXTE POLITIQUE DIFFICILE

Après avoir été considéré comme « *Mister Nobody* », le Premier ministre s'est avéré intangible et indispensable. Il a su se rendre incontournable, voire « *indéboulonnable* ». L'hyper Président va-t-il devenir hyper impuissant ? Un hyper Premier ministre face à un hypo Président, un président de la République qui s'efface alors que le Premier ministre s'affirme. Va-t-on assister à une inversion des rôles qui serait une première sous la Ve République ?

Effectivement, en ce début de seconde mi-temps du quinquennat, un psychodrame de défiance continue à envahir l'Élysée, alors que le Premier ministre reste inoxydable, puisque la côte de popularité de Nicolas SARKOZY n'a jamais été aussi basse depuis 2007, tandis que François FILLON creuse l'écart avec le Président. Le châtiment sondagier est proportionnel à la fascination qu'il a pu exercer sur ses partisans en 2007, notamment l'électorat populaire. Au plus bas dans les sondages, le Président a subi la double peine : il paie à la fois la facture de la rigueur, à laquelle il a dû se convertir après avoir longtemps tergiversé, et le prix de son entêtement politique sur le maintien du bouclier fiscal, auquel il s'agrippait, lequel en cent jours a pourtant été ensuite ébranlé<sup>7</sup>, et de la réforme des retraites.

Le début de l'année 2010 ne s'est pas présenté sous de bons auspices. Il traverse depuis un cumulonimbus. Parce qu'il est le chef de l'État et qu'il l'est de manière impérieuse, Nicolas SARKOZY polarise évidemment la grogne, voire

<sup>5</sup> Lettre de mission du président de la République du 18 juillet 2007, adressée à Edouard BALLADUR, président du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République. Cf. *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, Paris, Fayard, La documentation Française, 2008, p. 206-214.

<sup>6</sup> Cf. le titre du rapport Balladur, *Une République plus démocratique*, *op. cit.*.

<sup>7</sup> L. ROBEQUAIN, « Les cent jours qui ont ébranlé le bouclier fiscal », *Les Échos*, 20 octobre 2010. Glorifié pendant trois ans, le bouclier fiscal a été torpillé en trois mois. Il s'agit de ne pas traîner ce boulet durant la campagne présidentielle, l'affaire Bettencourt ayant « *renforcé le soupçon de connivence entre le pouvoir et les riches* ».

l'exaspération. « *Il n'est pas le coupable, mais, exerçant totalement le pouvoir il est traité comme le responsable* »<sup>8</sup>.

C'est ainsi qu'il a essuyé un sévère échec, en réalité une véritable débâcle aux élections de « mi-mandat », les élections régionales de mars 2010. La « Berezina » électorale fut une véritable tragédie pour le président de la République car elle a réduit l'Union pour la majorité présidentielle (UMP) à une coquille quasiment vide puisque la majorité, sur deux régions qu'elle présidait, en a perdu une, la Corse, et n'a conservé que de justesse l'Alsace, alors que les européennes de 2009 avaient offert un bon résultat à l'UMP. Ces élections marquent le retour du Front national (FN) et signent davantage l'échec de l'UMP dont les électeurs se sont démobilisés que le succès de l'opposition. D'ailleurs, les abstentionnistes l'ont emporté lors des deux tours sur les votants, Jean-Luc MÉLENCHON évoquant une « *insurrection civique* ». Ce qui a fait le charme de Nicolas SARKOZY en 2007 s'est transformé en désamour. Rupture avec ses partisans ? Les électeurs de droite se sont interrogés sur sa crédibilité. Ce fut effectivement une « *contestation muette de la droite excédée* »<sup>9</sup>, d'autant plus que des « *erreurs de campagne* »<sup>10</sup> ont été commises, en particulier l'implication fluctuante du chef de l'État qui, malgré son impopularité, a souhaité, à l'automne 2009, que la campagne soit nationale, avant de se replier sur une interprétation purement locale du scrutin. Certes, les scrutins de mi-mandat sont toujours difficiles pour la majorité en place, *a fortiori* en période de crise. Ce fut déjà le cas en 2004 car la droite n'avait conservé que deux régions. Pourtant, « *après la gifle du premier tour, Nicolas SARKOZY est resté impavide* »<sup>11</sup>. Il n'en demeure pas moins que les objectifs poursuivis par l'UMP n'ont pas été atteints<sup>12</sup>. Les listes uniques rassemblant au premier tour l'ensemble des composantes de la majorité devant provoquer, face au Parti socialiste (PS), une « *dynamique gagnante* »<sup>13</sup> ont été un échec. La droite parlementaire est arrivée en deuxième position, derrière le PS, et au plus bas depuis les débuts de la V<sup>e</sup> République ! En outre, cette stratégie des listes uniques n'offrait pas de réserve de voix pour le second tour. De plus, eu égard à l'impopularité de l'exécutif, la nationalisation des élections régionales, avec les ministres candidats, a contribué à l'échec et à l'affaiblissement du Gouvernement. Quant à l'ouverture à gauche, pratiquée par Nicolas SARKOZY depuis 2007, en réalité un simulacre d'ouverture puisque ce ne furent que des « *débauchages* » individuels, elle a démobilisé une large part de l'électorat UMP qui s'est réfugiée dans l'abstention, sans attirer des voix de gauche à la majorité. On a même assisté à une résurrection du FN, comme pouvait s'en réjouir Jean-Marie LE PEN au soir du premier tour, la phagocytose des voix lepénistes paraissant terminée, alors que Nicolas SARKOZY avait largement « *siphonné* » son électorat en 2007. Mais il a déçu les électeurs du FN avec sa politique d'ouverture, le débat sur l'identité nationale qui a tourné en litanie rituelle sur l'immigration et l'islam, ce qui a conduit à oxygéner le FN, sans compter ses engagements sur le pouvoir d'achat et l'insécurité qui n'ont pas été tenus. Les Fran-

<sup>8</sup> A. DUHAMEL, « 2010 : l'année noire de Nicolas Sarkozy », *Libération*, 4 mars 2010.

<sup>9</sup> I. RIOUFOL, « La contestation muette de la droite excédée », *Le Figaro*, 19 mars 2010.

<sup>10</sup> J. FOURQUET, « Erreurs de campagne », *Valeurs actuelles*, 18 mars 2010.

<sup>11</sup> *Le Point*, 18 mars 2010.

<sup>12</sup> Selon l'expression du Secrétaire général de l'UMP, Xavier BERTRAND.

<sup>13</sup> A. FOLCH, « Il faut revoir toute la copie », *Valeurs actuelles*, 18 mars 2010.

çais se sont lassés de tant de promesses grandiloquentes pour si peu de réponses concrètes. Trahir l'électorat mène à la défaite. Enfin, la question environnementale, pourtant placée au cœur de son action, s'est traduite par un succès des écologistes, l'écologie faisant plus perdre de voix à la droite qu'elle n'en a gagné, et nourrissant finalement les Verts. « SARKO », « *Aujourd'hui KO. Demain out* », ont titré respectivement *Le Nouvel Observateur*<sup>14</sup> et *Marianne*<sup>15</sup>.

Devançant le revers, qui fut une déroute électorale, le président de la République a annoncé : « *Nous verrons s'il conviendra d'envisager une nouvelle étape politique après la réforme des retraites (...). Cela ne signifie pas qu'il ne puisse pas y avoir quelques adaptations gouvernementales d'ici là...* »<sup>16</sup>. Il a décidé un mini-remaniement ministériel le 22 mars, un remaniement technique, annoncé d'ailleurs dès le 17 janvier par le secrétaire général de l'Élysée<sup>17</sup>, qui ne sera en réalité qu'un replâtrage. Mais il est inédit sous la V<sup>e</sup> République et constitue surtout une faute politique d'avoir laissé entendre qu'un remaniement plus profond aurait lieu plus tard car le gouvernement était en apesanteur. Effectivement, les ministres en place ont été discrédités et tétanisés. Annoncé trop tôt, le remaniement a transformé la vie gouvernementale en télé-réalité. Il a manqué d'effet de surprise et interviendra au pire moment car il n'est guère judicieux de changer de gouvernement à l'automne, à une époque où notamment les projets de loi de finances et de financement de la Sécurité sociale ont été préparés par des ministres qui ne pourront vraisemblablement pas les exécuter, selon des découpages de départements ministériels qui ne seront pas forcément les mêmes, avec de nouveaux ministres qui ne se reconnaîtront pas forcément dans les choix de leurs prédécesseurs. Ce remaniement s'est transformé en dilemme pour le Président.

Quant à l'un de ses projets « phares », la taxe carbone, elle a été abandonnée brutalement par pur électoralisme. Pourtant, en octobre 2007, le Président SARKOZY avait organisé un « Grenelle de l'environnement » pour conclure un grand pacte écologique dont la taxe carbone en avait été la vedette. Et, après la victoire des écologistes aux élections européennes de 2009, devant le Congrès réuni à Versailles le 21 juin 2009, le président de la République s'est « travesti » en apôtre du développement durable et a déclaré : « *je souhaite aller le plus loin possible sur la taxe carbone. C'est un enjeu immense. C'est un enjeu écologique. C'est un enjeu pour l'emploi* ». Le 10 septembre 2009, il est allé encore plus loin : « *je l'ai signé, je le fais. C'est une question d'honnêteté. Si on ne le fait pas, on n'est pas honnête* ». Cinq jours plus tard, il a continué dans l'escalade verbale : la taxe carbone serait « *une grande réforme comme la décolonisation, l'élection du président de la République au suffrage universel, l'abolition de la peine de mort et la légalisation de l'avortement* ». Mais le projet, mal ficelé, véritable « usine à gaz », a amené le Conseil constitutionnel à le censurer, le renvoyant à ses expéditeurs<sup>18</sup>. Pourtant, Nicolas SARKOZY a réitéré son engagement le 13 janvier 2010 devant les parlementaires : « *nous ne renoncerons pas à sa mise en œuvre* ». Mais

<sup>14</sup> *Le Nouvel Observateur*, 16 mars 2010.

<sup>15</sup> *Marianne*, 23 mars 2010.

<sup>16</sup> *Le Figaro magazine*, 12 mars 2010.

<sup>17</sup> *Le Monde*, 19 janvier 2010.

<sup>18</sup> Décision n° 2009-589 DC du 29 décembre 2009.

après la défaite de la majorité aux élections régionales des 14 et 21 mars 2010, qui s'est traduite par un échec d'avoir déroulé le tapis vert aux Verts puisque son électorat s'est senti menacé d'une taxe au nom de « l'ouverture écologique », le Président s'est souvenu que la seule chose qui assure le succès est de s'entourer des siens, si bien que la taxe carbone a disparu de la scène puisque François FILLON a annoncé, le 23 mars 2010, qu'elle était repoussée, *sine die*. C'est ainsi que la taxe carbone a été « carbonisée ».

En revanche, la loi dite sur la burqa interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dont le projet a été déposé en Conseil des ministres le 19 mai 2010, a finalement été votée. Pourtant, le Conseil d'Etat avait donné deux avis négatifs. Elle a donné lieu à de larges débats et à une mission allant dans le sens d'une loi interdisant le voile intégral, ainsi que tout vêtement masquant entièrement le visage, au nom du maintien de l'ordre public. Avant même le projet de loi, l'Assemblée nationale – sur proposition de Jean-François COPÉ, président du groupe UMP, qui avait déposé une proposition de loi fin janvier pour faire entendre sa différence – consciente de sa responsabilité devant la Nation, a d'ailleurs adopté à l'unanimité le 11 mai 2010 une résolution sur le fondement du nouvel article 34-1 de la Constitution pour montrer son attachement aux valeurs de la République. Ceci a d'ailleurs amené le président de l'Assemblée nationale, Bernard ACCOYER, à reprocher à Jean-François COPÉ de « *malmener l'équilibre institutionnel* »<sup>19</sup> car le projet de loi n'avait pas encore été déposé par le Gouvernement. Il fut largement adopté dès la première lecture. Après la saisine « blanche » non argumentée par les deux présidents des assemblées, la loi a finalement été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010. C'est ainsi que la QPC est vraisemblablement paralysée, mais il n'en reste pas moins que la question de la conventionnalité de cette loi demeure.

Le Président s'est ensuite mis en retrait<sup>20</sup> pour espérer rebondir en 2012. Effectivement, les présidents MITTERRAND et CHIRAC ont tous deux réussi à décrocher un deuxième mandat, mais ils sont passés par la même case, celle de la cohabitation. Il n'a pas jugé pertinent de faire un grand ménage immédiatement malgré les affaires en tout genre touchant les membres du gouvernement. Seuls, Alain JOYANDET et Christian BLANC en ont fait les frais et ont démissionné le 4 juillet.

Par la suite, le 12 juillet 2010, dans son interview télévisée, le Président a dit que le Gouvernement marquerait une pause au second semestre de 2011 « *pour que le Parlement, s'il le souhaite, délègue pour plus de cohérence et d'intelligibilité dans la loi. Il sera grand temps de s'attaquer au chantier de la simplification, législative et administrative* »<sup>21</sup>. Il a donc signifié un quinquennat de quatre ans. Il a également confirmé qu'une « *nouvelle étape* » aurait lieu en octobre et donc, un remaniement, après la réforme des retraites. Tout l'été a été nourri par les rumeurs relatives au remaniement et donc, au premier ministrable, pour donner au quinquennat un second souffle. Jean-Louis BORLOO, alors ministre d'Etat, paraissait

---

<sup>19</sup> P. ROGER, « M. Accoyer reproche à M. Copé de “malmener l'équilibre institutionnel” », *Le Monde*, 8 avril 2010.

<sup>20</sup> *Les Échos*, 6 mai 2010.

<sup>21</sup> *Le Figaro*, 13 juillet 2010.

tenir la corde. Mais il a été victime d'un tir de barrage dont François FILLON, plébiscité par la majorité des parlementaires, a été finalement le chef d'orchestre. Finalement, après six mois de tergiversation, le remaniement du 14 novembre 2010 a tourné au fiasco. Il a accouché d'une souris car Nicolas SARKOZY, après moultes hésitations et consultations, a reconduit le Premier ministre qui a su se rendre incontournable, « irremplaçable »<sup>22</sup> ce qui marque un rééquilibrage entre Matignon et l'Élysée. Le Gouvernement a été resserré. Seize ministres sont partis dont Eric WOERTH, Bernard KOUCHNER, Jean-Louis BORLOO, Edgard MORIN, Rama YADE et Fadela AMARA, alors qu'on a assisté au retour d'Alain JUPPÉ qui a été affecté à la Défense, Michèle ALLIOT-MARIE, passant de la Justice aux Affaires étrangères. Alors que les centristes ont été les perdants du Gouvernement, si ce n'est que Michel MERCIER a été nommé garde des Sceaux, les figures de l'ex-RPR (Rassemblement pour la République) ont été valorisées pour affronter la bataille de 2012. *Exit* le centre, la diversité et l'ouverture, les parlementaires demandant à forte voix la fermeture<sup>23</sup>. C'est le demiurge qui en est donc sorti affaibli, le choix de François FILLON s'étant au final progressivement imposé au chef de l'Etat qui n'a pas pu divorcer de lui en raison notamment des sondages favorables au Premier ministre en sursis et des soutiens que lui manifestaient les parlementaires UMP qui ne voulaient pas de Jean-Louis BORLOO. Ce fut donc une résignation et presque une reddition pour Nicolas SARKOZY, afin de sauver son mandat et conserver un espoir électoral conséquent<sup>24</sup>. Il ne pouvait changer un chef du gouvernement plus aimé que lui au risque de passer pour jaloux. N'a-t-il pas transformé sa seconde mi-temps en fin de règne ? Avec la confusion des fonctions qu'il a instaurée en s'étant installé depuis le début de son mandat sur le devant de la scène, il n'a pas usé son Premier ministre et n'a pas pu le sacrifier. Finalement, les Français n'ont pas apprécié cette confusion des tâches, d'autant plus que bien des dogmes du sarkozysme ont été ébranlés. Le président voulait « la rupture », mais il est devenu anxigène. Sa capacité à conduire son camp dans la victoire en 2012 n'est plus devenue tabou à l'UMP. Sa candidature évidente ne se transformera-t-elle pas en hypothèse ? A-t-il envisagé la possible perte du Sénat en 2011 ?

Le chef de l'Etat s'est lancé dans une tentative de reconquête de l'extrême-droite en lançant une offensive sécuritaire au cours de l'été 2010. Il a secoué le cocotier, mais une partie des noix sont en grande partie tombées dans le panier du FN. Effectivement, la sécurité a toujours été le maître mot de Nicolas SARKOZY. Certes, l'obligation de sécurité est une mission essentielle de l'État régalién. Cependant, elle a fini par tourner à l'obsession, comme en témoigne son discours sécuritaire de Grenoble du 30 juillet 2010, avec notamment la stigmatisation maladroite des Roms. Le démantèlement de camps illégaux de gens du voyage a suscité un grand émoi et une réprobation au niveau national, mais aussi international, notamment européen. Le débat s'est envenimé lorsque la circulaire du ministre de l'Intérieur du 5 août 2010 ciblant expressément l'évacuation des campements des Roms, certes modifiée par celle du 13 septembre 2010<sup>25</sup>, a fait surface et a dérangé

<sup>22</sup> A. DUHAMEL, « L'irremplaçable Fillon », *Libération*, 20 septembre 2010.

<sup>23</sup> *Le Monde*, 16 novembre 2010.

<sup>24</sup> De même en 1983, le président MITTERRAND finit par garder Pierre MAUROY à Matignon.

<sup>25</sup> *Le Monde*, 15 septembre 2010.

l'Union européenne. Nicolas SARKOZY est allé jusqu'à attaquer la Commissaire européenne à la justice, Madame REDING, aux propos certes excessifs puisqu'elle avait dressé un parallèle implicite avec les déportations pendant la Seconde Guerre mondiale, ce qui avait exaspéré l'Élysée, et le président de la Commission européenne qu'il avait contribué à reconduire dans ses fonctions. Le Président a ainsi brouillé son image européenne. Il a donc fait le choix risqué d'une stratégie clivante, fondé sur un lien de causalité entre immigration et sécurité. D'ailleurs, voilà que « *trois anciens premiers ministres – Alain JUPPÉ, Jean-Pierre RAFFARIN et Dominique de VILLEPIN –* » ont formulé, chacun à leur manière, réserve ou réquisitoire, et que le chef du Gouvernement, François FILLON a admis benoîtement sa « *différence* »<sup>26</sup> en se plaçant en « *rassembleur* »<sup>27</sup> plutôt que « *cliveur* ».

Par ailleurs, des « affaires d'État » ont contribué à la désillusion et à la défiance croissantes des Français à l'égard de leur Président dont la popularité est descendue aux abîmes. Le printemps-été 2010 a été meurtrier.

C'est ainsi qu'en mars-avril 2010, Nicolas SARKOZY et Carla BRUNI ont été plongés dans la tourmente par cette tornade médiatique des rumeurs, des « e-ragots », qui prêtaient à chacun une aventure sentimentale. Ce qui fit le « buzz », au point que l'Élysée s'empara du dossier et, enquête de la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) à l'appui, échafauda l'idée d'un complot dont la principale instigatrice serait une ancienne ministre, Rachida DATI. Cette dernière a été amenée à passer à la contre-offensive. Au « Château », on se rendait compte que l'histoire était allée beaucoup trop loin, ce qui a conduit l'épouse du président de la République à expressément démentir. Ce vaudeville du couple présidentiel, qui a failli dégénérer en scandale d'État, a laissé des traces et contribué à désacraliser la fonction présidentielle. Du président présenté comme étant du peuple, les Français se sont retrouvés avec un président « *people* ».

De plus, l'affaire privée de Liliane BETTENCOURT en conflit avec sa fille a impliqué courant juin le ministre des Affaires sociales, Éric WOERTH, en pleine discussion sur la réforme des retraites, suspecté de conflits d'intérêts puisqu'il était trésorier de l'UMP et a dirigé le comité de soutien du candidat SARKOZY destiné à récolter des fonds pour ledit parti, avant de devenir ministre du budget. Mais cette affaire a rejailli sur le président de la République. Évoluant au rythme des révélations et des épisodes judiciaires, ce fut le feuilleton de l'été aux rebondissements successifs qui a également contribué à fragiliser l'autorité de Nicolas SARKOZY.

Finalement, le renouveau de la transparence et de la morale en politique n'a pas eu lieu si bien que la démocratie « *irréprochable* » reste encore un vœu pieux.

Dès lors, le chef de l'État espère se représidentialiser en utilisant le G8 et le G20, que la France présidera à compter de novembre 2010, à des fins intérieures pour retrouver de l'altitude et reprendre son souffle, et au final pour préparer sa réélection, en prenant le camp des régulateurs en ciblant la réforme du système monétaire international, du marché des matières premières et de la gouvernance

---

<sup>26</sup> *Éditorial*, « Les effets délétères du remaniement différé », *Le Monde*, 4 septembre 2010.

<sup>27</sup> A. LEPARMENTIER, « Sécurité : M. Fillon se démarque du chef de l'État et se place en rassembleur », *Le Monde*, 31 août 2010.

mondiale. Ceci exige d'avoir une image consensuelle. Or, en 2010, il a perdu une partie de son crédit international en Europe. En effet, voilà encore quelques mois, il semblait tenir plus que tout à son image de sauveur de l'Union européenne. Déjà en 2007, il n'avait pas ménagé ses efforts pour faire adopter le traité de Lisbonne, en dépit d'un défi et d'un déni pour la démocratie lors de la ratification en France, le peuple n'ayant pas été consulté<sup>28</sup>. De même en août 2008, il a fait un déplacement éclair en Géorgie, lequel n'a d'ailleurs pas empêché les Russes de continuer à avancer sur le terrain, et il a encore déployé toute son énergie début 2010 pour convaincre l'Eurogroupe, notamment l'Allemagne, de sauver la Grèce. Pour réussir sur la scène internationale et espérer en tirer profit sur la scène nationale, il devra reprendre le sens régalien de sa fonction et se montrer fédérateur.

Pourtant, malgré la tourmente atteignant le chef de l'exécutif, la mise en œuvre de la révision constitutionnelle de 2008 visant à moderniser la Constitution a été largement poursuivie.

## II. – LA POURSUITE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE : UNE ACCÉLÉRATION DU TRAIN DES RÉFORMES

La réforme constitutionnelle de 2008 a connu quatre prolongements significatifs par l'adoption de quatre lois organiques et d'une loi ordinaire visant à « mieux » contrôler l'exécutif en encadrant le pouvoir de nomination du président de la République suite au nouvel article 13-5 et à accorder « *des droits nouveaux pour les citoyens* »<sup>29</sup>, en modernisant et en démocratisant le Conseil économique social et environnemental (CESE) en application des articles 69 et 71 révisés, en rénovant le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) selon l'article 65 révisé et en mettant en œuvre le nouvel article 61-1, afin que les droits fondamentaux soient mieux protégés. C'est ce que préconisait le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, présidé par Édouard BALLADUR.

A - D'une part, la promesse de campagne du candidat SARKOZY relative au contrôle des nominations présidentielles a été reprise par le législateur constitutionnel à l'article 13-5 de la Constitution qui porte sur le contrôle parlementaire des nominations du président de la République. Mais cette innovation « *phare* » a suscité de tels débats que le constituant s'est finalement « *dérobé* »<sup>30</sup> pour son application en renvoyant à une loi organique pour déterminer « *les emplois ou fonctions* » importants pour lesquels la nomination du président de la République ne peut intervenir qu'« *après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée* » qui est un droit de veto en cas d'opposition des 3/5<sup>e</sup>

<sup>28</sup> M.-F. VERDIER, *Éditorial*, « Constitution française et traité de Lisbonne, une révision inutile pour un traité mort-né ? », *Politeia*, n° 13, 2008, p. 24.

<sup>29</sup> Cf. *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, Paris, Fayard, La documentation Française, 2008, respectivement p. 27 et 135.

<sup>30</sup> M.-F. VERDIER, *Éditorial*, « La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : prélude et fugue d'une révision constitutionnelle "gigogne" sans le peuple », *ibid*, p. 118.



des suffrages exprimés, mais qui est en réalité un « *leurre* »<sup>31</sup>, et à une loi ordinaire pour déterminer « *les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés* ».

À noter que cette nouvelle procédure sera applicable aux nominations des membres du Conseil constitutionnel, en vertu du nouvel article 56 alinéa 1 qui a été complété à celles des membres du CSM en vertu du nouvel article 65, ainsi qu'à celle du Défenseur des droits selon le nouvel article 71-1.

Inéluctablement, les difficultés ont ressurgi en aval de la révision. Si un accord est intervenu en commission mixte paritaire (CMP) pour la loi ordinaire, en particulier sur la publicité des auditions souhaitée par les sénateurs, ce ne fut pas le cas pour la loi organique. Finalement, le Gouvernement a donné le dernier mot à l'Assemblée nationale, pour la première fois depuis 2002, pour l'adoption de cette dernière. Le désaccord concernait l'interdiction des délégations de vote voulue par les députés qui se fondaient sur l'article 27 de la Constitution.

Ces lois organique et ordinaire du 23 juillet 2008, adoptées exactement deux ans après la révision constitutionnelle, ont été validées par deux décisions du Conseil constitutionnel du 12 juillet 2010, respectivement n° 2010-609 DC et n° 2010-610 DC.

C'est ainsi que la liste des 47 emplois visés, qui n'avait d'ailleurs guère soulevé de problèmes à la différence de l'interdiction des délégations de vote, a été admise par le Conseil constitutionnel qui a ainsi laissé un certain pouvoir discrétionnaire au législateur organique, ce dernier étant en outre habilité « *à définir les cas dans lesquels toute délégation de vote est interdite* », tranchant ainsi le débat en faveur des députés.

Quant à la loi ordinaire, qui prévoit notamment le caractère public des auditions, l'écart de huit jours entre la proposition publique de nomination et l'audition du candidat et la désignation de la commission compétente pour certaines fonctions, le Conseil constitutionnel s'est contenté de considérer, sans un luxe de détails, qu'elle n'était pas contraire à la Constitution.

Finalement, comme pour plusieurs dispositions de la réforme de 2008, la portée de cette dernière dépend de l'interprétation par le Conseil constitutionnel de dispositions constitutionnelles très générales adoptées par le constituant qui reporte ainsi sur le juge constitutionnel le soin de préciser des règles qui devraient figurer dans la Constitution et en fait, dès lors, un législateur constituant. Mais surtout, la portée de l'article 13-5 visant à encadrer le pouvoir présidentiel de nomination s'avère limitée et ne constitue guère un progrès démocratique du fait de la majorité négative des 3/5<sup>e</sup> exigée en commission pour récuser un choix présidentiel.

B - D'autre part, à propos « *des droits nouveaux accordés aux citoyens* », les lois organiques sont intervenues en application des articles 69 et 71 révisés relatifs au droit de pétition et à la composition du CESE afin de le moderniser et de le

---

<sup>31</sup> Selon l'expression de Robert BADINTER dans son face-à-face avec Édouard BALLADUR sur la réforme constitutionnelle, *Le Monde*, 11 juin 2008. Cf. également, M.-F. VERDIER, *Éditorial*, « *La réforme des institutions à mi-mandat au milieu du gué* », *ibid*, p. 153.

rendre plus démocratique, de l'article 65 révisé portant sur le CSM dans le but de le rénover et du nouvel article 61-1 introduisant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 visant à mieux protéger les droits fondamentaux des citoyens.

1 - En premier lieu, s'agissant du CESE, si le principe de sa « *profonde rénovation* » ou de sa « *revitalisation* »<sup>32</sup> avait été arrêté par la loi constitutionnelle, il aura fallu attendre la loi organique du 28 juin 2010<sup>33</sup>, largement validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-608 DC du 24 juin 2010, pour que la réforme franchisse les murs du palais d'Iéna. Finalement, le conseil des ministres du 28 juillet a adopté le décret sur sa nouvelle composition<sup>34</sup>.

Cette assemblée qui est censée représenter la société civile, les « forces vives » de la nation, a été réformée afin de mieux refléter la société française et de rehausser sa fonction tribunitienne.

Dans son principe, la réforme partait d'un bon sentiment. Dans cette perspective, la composition de cette assemblée de 233 membres, désormais divisée en trois blocs, a été modifiée. Le premier comptera 140 membres « *au titre de la vie économique et du dialogue social* ». Le deuxième verra apparaître 60 membres « *au titre de la cohésion sociale et territoriale et de la vie associative* ». Dans cette perspective, la parité a été favorisée et quatre représenteront les jeunes et les étudiants. Le troisième bloc de 33 membres représentera « *la protection de la nature et de l'environnement* », si bien que l'écologie fait « une entrée en force ». Les « *fromages* » de la République ont attiré les « *écologues* »<sup>35</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'« *au titre de la vie économique et du dialogue social* » du premier bloc de 140 membres, 69 sièges resteront dévolus aux syndicats, alors qu'ils ne représentent que 8,2 % des salariés et que les entreprises publiques seront privées de conseillers, même si dix personnalités seront choisies « *en raison de leur expérience dans le domaine économique* ».

Surtout, le Conseil pourra être saisi « *par voie de pétition de toute question à caractère économique, social ou environnemental* », mais à condition qu'elle soit présentée « *par au moins 500 000 personnes majeures, de nationalité française ou résidant régulièrement en France* ». Ce n'est donc qu'en théorie qu'il pourrait se transformer en théâtre de la saisine populaire.

Certes, sa représentativité a été améliorée, mais sa « *politisation* »<sup>36</sup> demeure puisque les modalités de nomination des quarante personnalités qualifiées ne sont pas modifiées. Elles sont toujours désignées par décret en Conseil des ministres pris sur le rapport du Premier ministre, ce qui permet de récompenser des militants, de recaser d'anciens ministres, de consoler des candidats malheureux aux élec-

<sup>32</sup> Selon les mots d'Henri de RAINCOURT, ministre chargé des Relations avec le Parlement.

<sup>33</sup> JO du 29 juin 2010.

<sup>34</sup> JO du 30 juillet 2010.

<sup>35</sup> Cf. « Les fromages verts de la République », *Marianne*, 22 novembre 2010 ; M. NOBLECOURT, « Le nouveau visage de la troisième Assemblée de la République », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> août 2010.

<sup>36</sup> J.-P. DAVANT, « Une politisation indigne », *Le Nouvel Observateur*, 11 novembre 2010, p. 80.

tions<sup>37</sup>. On peut donc considérer que les progrès démocratiques sont bien ténus. En conséquence, sa suppression<sup>38</sup> est même préconisée car il est considéré comme un petit « machin » dont les rapports sont sans écho, un club privilégié d'emplois quasi-fictifs qui sont des rentiers de la République poussant loin leur ressemblance avec les parlementaires, surtout dans le domaine des privilèges.

2 - En deuxième lieu, pour que la justice soit mieux garantie, la réforme constitutionnelle visait à rénover le CSM. En application de l'article 65, la loi organique du 23 juillet 2010, après déclaration de non-conformité partielle par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, modifie son rôle et sa composition.

Répond-elle au souhait du Comité Balladur que les citoyens disposent « *d'une justice plus ouverte sur la société et plus protectrice des libertés* »<sup>39</sup> ? Rien n'est moins sûr.

Certes, le président de la République ne le préside plus et surtout, les justiciables ont un nouveau droit, celui de saisir le CSM, sans pouvoir remettre en cause le fond des décisions, alors que ce droit était réservé au garde des Sceaux ou aux chefs de cour d'appel.

Mais la procédure est très encadrée. La saisine est limitée au cas où une faute disciplinaire est susceptible d'avoir été commise par le magistrat dans l'exercice de ses fonctions. De plus, le droit de saisine est réservé au justiciable qui estime devoir se plaindre du comportement d'un magistrat à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant. En l'instituant, la réforme souligne l'importance attachée à la déontologie des juges et des procureurs, afin d'accroître la confiance des citoyens en la justice.

En outre, si la composition du CSM est plus ouverte, puisque les magistrats deviennent minoritaires, afin de remédier au corporatisme tant décrié, elle n'en est pas moins politique, ce qui traduit la méfiance du pouvoir à l'égard de l'autorité judiciaire. En effet, sur quinze membres, contrairement à ce qui est de règle notamment en Europe, huit sont extérieurs au corps judiciaire, mais six sont nommés, à raison de deux chacun, par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, les deux autres l'étant par le président du Conseil national des barreaux et par le Conseil d'État.

Quant au rôle, il aurait dû être élargi, en particulier en matière de nomination des magistrats du parquet. Certes, l'avis du CSM est généralisé, mais il ne lie pas le garde des Sceaux puisque ce n'est pas un avis conforme en ce qui les concerne. Dès lors, leur indépendance n'est pas reconnue, puisque selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention EDH. Or, certaines compétences ne peuvent plus être exercées par le ministère public selon la jurisprudence européenne puisque le parquet reste un « cheval de Troie » du gouvernement dans la justice. Il

---

<sup>37</sup> Cf. *Les Echos*, 28 octobre 2010.

<sup>38</sup> H. MARITON, « Il faut supprimer le Conseil économique et social », *Le Figaro*, 3 novembre 2010.

<sup>39</sup> *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, op. cit., p. 136.

n'est pas question de remettre en cause le principe de subordination hiérarchique des procureurs au ministre de la Justice, mais de renforcer leur garantie statutaire.

En conséquence, la réforme du CSM est largement un trompe-l'œil démocratique. Surtout, il faudrait modifier dans la Constitution la référence à « *l'autorité judiciaire* » pour les magistrats du parquet, même s'il n'est pas précisé qui la représente, l'adage de la magistrature selon lequel « *la justice est rendue au nom du peuple français par les magistrats du siège et du parquet* » qui est inexact puisque la justice n'est rendue que par les juges du siège, et séparer les corps des magistrats du siège et du parquet<sup>40</sup>.

Enfin, en dernier lieu est intervenue la QPC, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, en vertu de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, saluée par le président de la République comme une « *véritable révolution juridique* »<sup>41</sup>, les citoyens français n'étant plus, selon Robert BADINTER, des « *mineurs constitutionnels* ». Ils peuvent désormais faire valoir leurs « *droits et libertés que la Constitution garantit* », se la réapproprier<sup>42</sup>, soit les droits et libertés énoncés par la Constitution *stricto sensu*, ainsi que ceux auxquels renvoie le préambule, la question des objectifs à valeur constitutionnelle se posant et devrait être tranchée par le Conseil constitutionnel. Dès le début, le succès est patent. On assiste à une relance du contentieux constitutionnel. Pour le meilleur ou pour le pire ?

Malgré le système prévu par la loi organique du 10 décembre 2009, en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'un filtre à deux étages, le rôle du Conseil constitutionnel est transformé, même si l'on peut débattre de la question de savoir s'il devient une véritable cour suprême. A l'évidence, à travers ce rôle de filtre, et sans pour autant pouvoir soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité, les juges suprêmes deviennent de fait les juges de la constitutionnalité, si bien que ce contrôle est aléatoire. Certes, les juridictions suprêmes ont joué le jeu dès le début et le Conseil constitutionnel reste l'interprète privilégié de la Constitution, mais le contrôle n'est plus concentré. En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 23 juillet 2010 relative au CSM, la formation spéciale de la Cour de cassation chargée de l'examen de la recevabilité de la QPC a été supprimée, si bien que les différentes chambres pourront être amenées à avoir des divergences d'interprétation sur les conditions de recevabilité et que le rôle pourra être à géométrie variable au sein même de la Cour de cassation. Le contrôle *a posteriori* par le Conseil reste néanmoins abstrait.

<sup>40</sup> Cf. *infra* décisions de la Cour EDH et recommandation du Conseil de l'Europe du 21 novembre 2010.

<sup>41</sup> Discours du président SARKOZY au Conseil constitutionnel le 1<sup>er</sup> mars 2010. Sa présence au Conseil constitutionnel, le jour de l'entrée en vigueur de la QPC, est « *le témoignage* » qu'il accorde à la réforme, comme l'a relevé le président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis DEBRÉ, dans son discours, cf. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29.

<sup>42</sup> P. MAZEAUD, hostile à « *une nouvelle exception française* », *Une République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 194.

En effet, selon l'article 23-9 de la loi organique, « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». D'ailleurs, dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a précisé que seules les mémoires relatifs à la QPC devaient lui être transmis. La QPC présentera donc « un contentieux objectif, dans l'intérêt du droit », l'éventuelle décision d'abrogation ayant un effet *erga omnes*. Il tranche donc une question de pur droit, de la conformité de la loi à la Constitution<sup>43</sup>, et le juge compétent résout ensuite le litige.

Par ailleurs, lorsqu'il constate une inconstitutionnalité, non seulement il n'y a pas de vide juridique puisqu'il peut déterminer des règles transitoires dans l'attente d'une réforme visant à remédier à l'inconstitutionnalité, comme il l'a fait notamment sur la « décrystallisation » des pensions<sup>44</sup> ou la garde à vue<sup>45</sup>, qui ont été des décisions spectaculaires car emblématiques, mais il laisse au Parlement le choix et le temps pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Il n'en demeure pas moins que le juge ordinaire peut écarter cette loi dans le cadre du contrôle de conventionnalité, sans pouvoir certes l'abroger, puisque les contrôles sont distincts. C'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation a fait dans son arrêt sur la garde à vue du 20 octobre 2010.

La question qui s'est posée également est de savoir si le juge constitutionnel émettrait des réserves d'interprétation sur les législations contestées<sup>46</sup>. Les réserves d'interprétation seraient alors un moyen de remédier à ce qu'une partie de la doctrine a appelé la peur de l'« *horror vacui* »<sup>47</sup> tout en assurant l'application constitutionnelle de la loi. Le suspense a été de courte durée puisque le 18 juin 2010, le Conseil constitutionnel a formulé sa première réserve d'interprétation, ce qu'il a confirmé depuis<sup>48</sup>, s'érigeant ainsi en co-législateur.

En revanche, on risque d'assister à un dialogue de sourds, voire à une guerre entre les juges. S'est posée la question de la priorité du contrôle de constitutionnalité sur celui de conventionnalité. Alors que le constituant était muet, c'est le législateur organique qui l'a introduite, de crainte notamment que le premier ne soit éclipsé au profit du second, même si les deux contrôles sont distincts, mais pour « garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne »<sup>49</sup>, alors que le droit de l'Union est spécifique en raison du prin-

<sup>43</sup> Cf. J.-L. WARSMANN, *Rapport au nom de la commission des Lois*, AN, n° 898, p. 82.

<sup>44</sup> Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, alors que le Conseil d'Etat l'avait jugée conforme à la Conv. EDH en 2006.

<sup>45</sup> Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

<sup>46</sup> Ph. BLACHER, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, *Tribune* p. 465.

<sup>47</sup> T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, *Economica*, 1997, p. 74.

<sup>48</sup> CC n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Epx L.* Confirmation par CC n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres* et par CC n° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SIDA FD et autres*.

<sup>49</sup> Décision n° 2009-585 DC du 3 décembre 2009 relative à la loi organique portant sur l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

cipe de primauté. *Quid* de la question préjudicielle que peut poser un juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union ? Peut-elle être secondaire ? La loi organique est-elle euro-compatible ? Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2009-585 DC du 3 décembre 2009 n'y a pas vu d'incompatibilité, considérant que « *cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la QPC, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; qu'ainsi, elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1* ».

Mais la Cour de cassation a été saisie le 29 mars 2010 de l'article 78-2, alinéa 4 du Code de procédure pénale qui, selon le demandeur, était contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit ainsi qu'aux dispositions des traités instituant la Communauté. Se posait donc un problème de constitutionnalité et de conventionnalité. Elle a alors mis en cause, par un arrêt d'assemblée plénière, le 16 avril 2010, la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union européenne en saisissant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à titre préjudiciel car elle craignait que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité l'empêche, ainsi que les juridictions de fond, de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle tant que le Conseil constitutionnel ne se serait pas prononcé. Elle a été accusée de faire obstacle à l'application de la QPC en écartant ainsi le renvoi au Conseil constitutionnel<sup>50</sup>. Sa décision « *a fait l'effet d'une bombe* »<sup>51</sup>.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, concernant la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne, a tenté de sauver la face et de désamorcer la bombe en prenant en considération le caractère spécifique du droit de l'Union. Il a distingué clairement le contrôle de constitutionnalité qui lui appartient, de celui de conventionnalité qui relève des juridictions ordinaires, réaffirmant clairement son incompétence pour contrôler la conventionnalité des lois, et précisant que la QPC ne fait « *pas obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union* ».

Le 14 mai 2010, c'est au tour du Conseil d'État de se prononcer dans l'arrêt *Rujovic*. Il interprète « *souplement* » la loi organique afin de ne pas heurter le droit de l'Union européenne, pas dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel, mais finalement, en anticipant la décision de la CJUE. Il a posé que les dispositions de la loi organique « *ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de QPC, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire* ».

<sup>50</sup> Cette attitude était prévisible. Cf. H. PORTELLI, *Rapport au nom de la commission des Lois*, Sénat, n° 637 (2008-2009), p. 28.

<sup>51</sup> M. BELLAN, « *Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel* », *Les Échos*, 28 avril 2010 ; cf. également D. ROUSSEAU, « *La Cour de cassation et la QPC : pourquoi tant de défiance ?* », *La Gazette du Palais*, 27 avril 2010, 15517.

au droit de l'Union ». Précisément, en matière d'urgence, le 16 juin 2010, dans l'ordonnance Madame *Diakité*, le Conseil d'État a admis d'une part l'invocation de la QPC en référé-liberté, tout en considérant qu'à défaut d'urgence, la question de la QPC pourra ne pas être examinée et, d'autre part, que le moyen tiré de l'incompatibilité d'une disposition législative avec le droit de l'Union est opérant en référé. Même si le contrôle de conventionnalité est « *triplement encadré* », « *on peut toutefois penser que cette ouverture concerne l'ensemble des procédures de référé* »<sup>52</sup>. Indéniablement, le Conseil d'État entend se démarquer du Conseil constitutionnel et affirmer son rôle de juge de la conventionnalité.

En conséquence, suite à la position du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, il n'y avait plus heurt entre la QPC et contrôle de conventionnalité du droit de l'Union européenne. Quelle sera l'interprétation de la CJUE ?

Précisément, elle a statué le 22 juin 2010 dans les affaires jointes *Melki et Abdeli*. Avec diplomatie, mais fermement et sans équivoque, elle a vidé le caractère prioritaire de la question en raisonnant en deux temps. Elle a d'abord rappelé que « *serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique (...) qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union* ». Elle a ensuite visé la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010 et l'arrêt du Conseil d'État du 14 mai 2010 qui ne font pas obstacle à sa saisine. Dès lors, elle en a conclu que « *l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher (...) toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :*

« *De saisir, à tout moment de la procédure qu'elle juge approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire* ».

Il ressort donc de l'arrêt de la Cour que selon les conditions qu'elle a posées, la loi organique est euro-compatible, « *pour autant que* » la QPC n'est pas prioritaire sur le contrôle de conventionnalité du droit de l'Union, lequel prime le contrôle de constitutionnalité.

Finalement, alors que le Conseil constitutionnel et la CJUE ont pu lever ses craintes, la Cour de cassation, dans son arrêt du 29 juin 2010, a décidé de ne pas saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC, alors que son arrêt du 16 avril 2010 pouvait laisser penser qu'elle était confrontée à une question de constitutionnalité.

---

<sup>52</sup> O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés », *AJDA*, 2010, p. 1162.

Assurément, la Cour de cassation, déjà concurrencée par les juges européens, veut manifester son indépendance par rapport au Conseil constitutionnel qu'elle craint de voir transformé en cour suprême et ne souhaite donc pas être dans son ombre.

A cet égard, alors qu'elle a fait preuve de méfiance à l'égard de la QPC en ne jouant pas le rôle de filtre mais de bouchon, en ne transmettant pas la loi Gayssot du 13 juillet 1990, bien que des doutes sur sa constitutionnalité eussent été évoqués lors de son adoption et que la question de son inconstitutionnalité pût être considérée comme présentant un caractère sérieux<sup>53</sup>, elle a fait au contraire de la surenchère à propos de la garde à vue.

En effet, saisi d'une QPC par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, après une audience très médiatique, que le régime de droit commun de garde à vue était contraire à la Constitution, sans pour autant reconnaître un droit général à l'assistance d'un avocat, mais pas celui en matière de criminalité et de délinquance organisées. A noter que le texte sur la garde à vue de droit commun avait été examiné par le passé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, mais il n'avait rien trouvé à redire. Il s'est fondé sur l'existence d'un changement de circonstances pour réexaminer ces dispositions, alors qu'il a estimé que ce n'était pas le cas pour celles en matière de lutte contre la criminalité et la délinquance organisées lesquelles ont été examinées dans sa décision du 2 mars 2004. Il a également rappelé qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet comme il l'avait posé dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 – alors que dans l'affaire *Medvedyev* du 29 mars 2010, la Cour EDH a posé que les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la CEDH<sup>54</sup>, et que dans l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010, elle affirme que les procureurs ne sont pas des magistrats indépendants, si bien qu'ils ne peuvent pas priver un justiciable de sa liberté<sup>55</sup>. Il a enfin reporté au 1<sup>er</sup> juillet 2011 les effets de l'abrogation des dispositions déclarées inconstitutionnelles, car sinon la garde à vue n'aurait plus de support légal, et a rappelé qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, laissant ainsi la liberté au législateur de choisir entre les différentes options possibles pour remédier à l'inconstitutionnalité.

Est en outre intervenu l'arrêt *Brusco* de la Cour EDH du 14 octobre 2010 condamnant également la France pour sa procédure de garde à vue, suivant en cela ses décisions *Salduz c./ Turquie* du 27 novembre 2008, comme *Dayanan c/ Turquie* du 13 octobre 2009, et affirmant la nécessité de la présence de l'avocat dès le début de cette mesure, ainsi que pendant les interrogatoires.

---

<sup>53</sup> Cass. Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774.

<sup>54</sup> CEDH, Grande chambre, 29 mars 2010 *Medvedyef et autres c/ France*, n° 3394/03.

<sup>55</sup> CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/France*. La Cour de cassation a rejoint la Cour EDH le 15 décembre 2010 par un important revirement de jurisprudence puisqu'elle indique clairement que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la CEDH. Le choc est donc frontal entre la norme nationale et la source européenne, ce qui est source d'insécurité juridique. Cf. Cass. Crim., 15 décembre 2010, n° 7177.



Enfin, la Cour de cassation, dans trois arrêts du 19 octobre 2010<sup>56</sup>, est allée beaucoup plus loin que le Conseil constitutionnel qui avait pourtant pris en compte indirectement les arrêts de la Cour EDH. Elle a porté un coup fatal à la garde en vue en déclarant son régime dans son ensemble contraire à l'article 6 de la CEDH, soit aussi bien le régime de droit commun comme l'avait posé le Conseil constitutionnel, que les régimes dérogatoires précisant, dans un de ses arrêts, que « *la restriction du droit pour une personne gardée à vue d'être assistée dès le début de la mesure par un avocat (...) doit répondre à l'exigence d'une raison impérieuse laquelle ne peut découler de la seule nature de l'infraction* ». En somme, la seule qualification des faits ne suffira plus à justifier « *l'assistance* » de l'avocat. C'est donc la fin des régimes dérogatoires automatiques. La Cour précise que le suspect doit bénéficier de « *l'assistance* », et pas seulement de la présence d'un avocat. Elle consacre par ailleurs le « *droit au silence* » du gardé à vue sans lequel il serait « *privé d'un procès équitable* ». Jalouse de ses prérogatives, elle indique au passage qu'il appartient aux juridictions d'appliquer la loi « *telle que définie par les textes applicables interprétés le cas échéant par la Cour de cassation* », et « *non une philosophie dégagée d'une convention internationale* ». Soucieuse de ne pas « *porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice* », fait tout à fait exceptionnel, comme le Conseil constitutionnel, elle a différé l'application de son arrêt jusqu'à la mise en œuvre de la nouvelle loi.

Le système de la garde à vue à la française a vécu. Il est en sursis. Il devrait être européen. Il n'en demeure pas moins que la situation s'avère ubuesque du fait de l'application repoussée. Des citoyens vont être soumis à des dispositions dont il est acquis qu'elles ne sont pas conformes aux règles du procès équitable et aucune conséquence pour les requérants n'en est tirée.

Pour faire passer la garde à vue de la zone d'ombre à la lumière, le législateur devra donc tenir compte d'une jurisprudence évolutive et de plus en plus précise de la Cour EDH : faire entrer l'avocat avec une assistance active dès le début, et exclure le parquet du contrôle. La loi va être regardée à vue ! Cela nous amène d'ailleurs à nous interroger sur la conventionnalité d'autres situations d'arrestation ou de détention comme l'ivresse publique et manifeste ou la conduite sous l'empire d'un état alcoolique.

Reste que, pour l'heure, par leurs censures à effet différé, les juges du Palais de la rue Montpensier dictent au Parlement et au Gouvernement une partie de l'agenda législatif et les contraignent à agir vite sur des sujets complexes. En outre, la responsabilité de l'Etat ne peut-elle pas être engagée par les justiciables victimes de l'application pendant un délai d'une loi déclarée inconstitutionnelle. En somme, on peut se demander si l'on ne s'achemine pas subrepticement vers un gouvernement des juges. Né club des notables en 1958, l'extension de la saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires en 1974 avait permis sa « *seconde naissance* », selon Robert BADINTER. Nul doute que l'extension de la saisine aux justiciables constitue la troisième. D'ailleurs, Jean-Louis DEBRÉ a dit que « *là où il y avait deux cours suprêmes, il y en a désormais une troisième, le Conseil constitution-*

---

<sup>56</sup> Cass. Crim., 19 octobre 2010, *Tisset, Bonnifet, Sahraoui*, n° 10-82.902 / 10-82.306 / 10-85.051.

nel »<sup>57</sup>. Mais « *selon la réminiscence gaulliste* », la « *meilleure Cour suprême* » étant « *le peuple* », ne doit-on pas « *en inférer à une involution du Conseil ?* »<sup>58</sup>.

La QPC est une bombe à retardement, d'autant plus que le juge tient compte du droit vivant, si bien qu'une loi, constitutionnelle au départ, peut ne plus l'être ultérieurement. Elle est donc vecteur d'insécurité juridique.

Surtout, elle instaure une concurrence entre les différents juges et les différents contrôles, alors que son champ de contrôle est proche de celui du contrôle de conventionnalité. Simplement, et ce qui est d'importance, le Conseil constitutionnel peut seul abroger la loi et tout dépendra de son interprétation. Mais, « *le plus surprenant* », est que cette évolution du contrôle de constitutionnalité soit intervenue « *à l'occasion d'une révision dite de "modernisation des institutions" censée restaurer le Parlement* »<sup>59</sup>.

Cette re-naissance oblige l'institution. Effectivement, cette responsabilité nouvelle du Conseil soulève de sérieuses questions. La nomination des neuf membres n'est-elle pas obsolète ? La présence de droit, en son sein, des anciens présidents de la République est-elle encore justifiable ? N'est-ce pas une anomalie française ? Est-il défendable que ses membres ne soient soumis à aucune condition de compétence juridique ? La transparence de ses travaux est-elle suffisante ? On peut douter surtout qu'il réponde aux règles du procès équitable et aux exigences d'un tribunal neutre et impartial d'experts du droit au sens de la Cour EDH. Le Conseil constitutionnel inconventionnel ? Si plus encore que par le passé, il veut être demain le vigilant protecteur des droits et libertés fondamentaux, il doit être profondément réformé pour être incontestable. Quant au rôle de filtre du Conseil d'Etat, n'est-il pas inconventionnel ? Est-il impartial alors qu'il examine tous les projets de loi et qu'il peut être saisi pour avis sur des propositions de loi ?

Incontestablement, le temps juridictionnel s'est accéléré avec la QPC et l'intervention des différentes juridictions.

Mais, ne doit-on pas surtout redouter l'autorité exercée par les juges de la Cour EDH, sur les lois votées, au nom du peuple français, par le Parlement ? Il paraît légitime de s'interroger aujourd'hui sur la réalité du pouvoir politique au regard de la judiciarisation de notre société. Quant à la souveraineté judiciaire française, n'est-elle pas menacée ? Est-il démocratique qu'une juridiction internationale puisse imposer sa jurisprudence à la justice « *rendue au nom du peuple français* » ?

Finalement, à la suite de ces réformes récentes, la V<sup>e</sup> République devient-elle plus démocratique ? En tout état de cause, la Constitution n'est pas épargnée par le « *désordre normatif* »<sup>60</sup> et institutionnel. Plus grave, elle le suscite !

<sup>57</sup> *Le Figaro*, 22 décembre 2010.

<sup>58</sup> P. AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 162.

<sup>59</sup> Ph. BLACHÈRE, *op. cit.*.

<sup>60</sup> Cf. « Dossier spécial », *RDP*, n° 1, 2006.

### III. – LES RÉFORMES EN PANNE

En dépit de la mise en œuvre de bon nombre de dispositions de la Constitution, trois lois organiques doivent encore être adoptées pour éviter que certains articles ne restent lettre morte et inutiles.

Tout d'abord, il faut exhumer le reliquat de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 relative à la responsabilité pénale du chef de l'État, laquelle remplace la haute trahison par la destitution. En effet, selon l'article 68 de la Constitution résultant de la loi constitutionnelle, une loi organique doit fixer la procédure de destitution du président de la République par la Haute Cour « *en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat* ». Or, si une proposition de loi organique a été déposée au Sénat par les sénateurs François PATRIAT et Robert BADINTER, et a été renvoyée en commission le 14 janvier 2010, elle n'a pas encore connu de suite.

Ensuite, la loi organique relative au Défenseur des droits, dont la seule fonction est gravée dans le marbre constitutionnel par l'article 71-1 de la révision constitutionnelle de 2008, n'a toujours pas vu le jour, même si le projet de réforme qui fait d'ailleurs l'objet de deux projets de loi – organique et ordinaire –, a été examiné en première lecture au Sénat en juin 2010. Il sera nommé par le président de la République pour six ans, en application de la procédure du nouvel article 13, alinéa 5, ce qui ne facilitera pas l'impartialité. Mais ses attributions et ses modalités d'intervention n'ont pas été fixées par la Constitution qui renvoie à une loi organique. Son adoption s'est ensablée dans les petits jeux politiques qui risquent de dénaturer cette nouvelle autorité administrative indépendante. Il est question qu'elle en regroupe cinq : le médiateur de la République, le défenseur des enfants, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et l'égalité (HALDE), la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et enfin le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le Défenseur embrasserait très large ce qui pourrait s'avérer contre-productif puisqu'il conjuguerait des missions de médiation avec des missions de décision ou de sanction qui sont de nature différente. Par ailleurs, le problème du rôle des adjoints, chacun représentant l'une des autorités administratives supprimées, ainsi que le pouvoir des collèges de personnes qualifiées que chacune chaperonnera, est posé. Pourront-ils influencer le Défenseur qui aura des pouvoirs considérables, d'investigation, de contrôle, de visite sur place, de sanction ? On peut légitimement craindre le risque de dilution des autorités spécialisées dans une institution polyvalente et tentaculaire, mais espérer que le législateur organique entendra raison.

S'agissant de la loi organique relative au référendum dit d'initiative populaire, en réalité au « *vrai-faux référendum d'initiative populaire* »<sup>61</sup>, prévu à l'article 11 de la Constitution, présenté comme un droit nouveau pour les citoyens, mais qui est en réalité un leurre, une expression populaire très encadrée et contrôlée par le Conseil constitutionnel, un simple droit de soutien populaire (1/10<sup>e</sup> des électeurs inscrits, soit environ 4,5 millions) à une initiative parlementaire minoritaire (1/5<sup>e</sup> des membres du Parlement, soit 184), son projet est toujours dans les limbes, le

---

<sup>61</sup> F. HAMON, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un vrai-faux referendum d'initiative populaire », *Petites affiches*, 19 décembre 2008, p. 16-21.

président de l'Assemblée nationale expliquant que c'était dû à une surcharge du calendrier parlementaire<sup>62</sup>.

Pourtant, le droit de résolution des parlementaires issu du nouvel article 34-1 de la Constitution a été utilisé pour sa mise en œuvre. Effectivement, il a même précisément été inauguré le 9 septembre 2009 par le dépôt d'une proposition de résolution dont l'objet visait à souligner l'urgence de la réforme de l'article 11 de la Constitution prévue par la révision constitutionnelle de 2008<sup>63</sup>. La proposition a été rejetée à la séance du 20 octobre suivant. A noter que les parlementaires de la majorité ont refusé de participer au débat organisé les 15 et 16 octobre 2009, ce qui en dit long sur leur hypocrisie à accorder de nouveaux droits aux citoyens. Une telle attitude « *laisse mal augurer de l'avenir de la disposition* »<sup>64</sup>.

En tout état de cause, le champ de la démocratie ne pourra guère être élargi, et, indéniablement, le gouvernement ainsi que la majorité parlementaire auront évité qu'une consultation de ce type puisse être organisée avant la fin du quinquennat.

Par ailleurs, il convient d'ajouter que pour permettre à la Cour des comptes – qui se voit consacrer, depuis 2008, un article propre, l'article 47-2 – de mieux remplir ses missions élargies d'assistance au pouvoir public, il convient d'adopter une réforme des institutions financières.

Quant à la « *révision de la gouvernance des finances publiques* », elle est souhaitée par le président de la République, après la conférence des déficits à l'Élysée du 20 mai 2010. Il « *veut inscrire la réduction des déficits dans la Constitution* »<sup>65</sup>, considérée comme la « *règle d'or* ». Tout gouvernement, à partir de 2012, devrait se fixer en début de législature un objectif de réduction du déficit public sur cinq ans. Mais la perspective s'éloigne de voir le Congrès l'adopter car c'est un dossier non consensuel. Les réactions ont été « *outrées à gauche* » et « *la formule magique n'existe pas* »<sup>66</sup>. D'ailleurs, « *comment contrôler les déficits budgétaires* »<sup>67</sup> ? Le président GISCARD D'ESTAING s'est prononcé, quant à lui, pour la maîtrise des déficits, pour la règle de l'équilibre dans la loi organique de présentation du budget, contrairement au chef de l'État, car « *il faut faire attention à ne pas déstabiliser la Constitution* »<sup>68</sup>.

Décidément, ce quinquennat est voué à la réforme des institutions et, finalement, cette révision constitutionnelle de 2008, à l'origine d'une pluie diluvienne de

<sup>62</sup> L. ALEMAGNA, « Référendum citoyen : accoyer votre oui pour 2012 », *Libération*, 28 octobre 2010.

<sup>63</sup> Proposition de résolution de Jean-Marc AYRAULT, au nom du groupe socialiste, radical et divers gauche, estimant urgente la mise en œuvre de l'article 11 de la Constitution sur l'extension du référendum, n° 1895 rectifié, déposée le 9 septembre 2009.

<sup>64</sup> A. LEVADE, « Les nouveaux équilibres de la Ve République », *RFDC*, 2010, n° 82, p. 246. A cet égard, l'article 34-1 de la Constitution ne constitue pas un instrument efficace de contrôle parlementaire.

<sup>65</sup> *Le Monde* a titré : « M. SARKOZY veut inscrire la réduction des déficits dans la Constitution » ; *Le Figaro*, 21 mai 2010.

<sup>66</sup> *Le Monde*, 22 mai 2010.

<sup>67</sup> *Le Monde*, 29 mai 2010.

<sup>68</sup> *Le Monde*, 2 juin 2010.

réformes, aux conséquences ambiguës, commence à avoir des répercussions sur nos institutions désormais à la croisée des chemins. Elle prend les traits de Janus.

La V<sup>e</sup> République s'avère « dynamitée »<sup>69</sup>. Nous sommes au commencement d'une « nouvelle V<sup>e</sup> République »<sup>70</sup>, une V<sup>e</sup> République *bis*. Il demeure que « le charme des transitions pour celui qui les étudie et aussi pour celui qui les "vit", qui se trouve au milieu des événements qu'il observe, réside justement dans ce mouvement qui les traverse et les envahit, dans la fluidité des situations, dans leur vocation naturelle à échapper à toute "prise", dans leur caractère réfractaire, en somme, à se faire décrire en ayant recours à des catégories et à des schémas usuels, structurellement limités et, en fin de compte, condamnés à un vieillissement plus ou moins rapide mais inexorable »<sup>71</sup>.

Certes, la Constitution ne doit pas être une masse de granit que l'on ne peut enduire et qui se fend, mais elle ne doit pas être non plus un roseau flexible qui se plie à chaque souffle de vent pour paraître être dans l'air du temps. Les institutions paraissent marcher en crabe. Et les Français, rarement plus auscultés, sont-ils entendus ? On peut en douter car Nicolas SARKOZY reste sourd et aveugle face aux critiques de son électorat. Sa musique, ce sont ses variations, un concerto en chaos majeur, une succession de canons, de gigue, de fugues. Sans nul doute, ramener la Ve République à plus de raison démocratique reste encore une aventure qui n'a pas commencé.

C'est ainsi que le président SARKOZY peut craindre le caractère anxyogène de l'accumulation des réformes et éprouver soudain le désarroi de celui qui se découvre SISYPHE quand il s'était cru PROMÉTHÉE, alors que les Français ont toujours ORPHÉE en rêve...

15 novembre 2010.

---

<sup>69</sup> D. ROUSSEAU, « La V<sup>e</sup> dynamitée », *Le Monde*, 14 juin 2008.

<sup>70</sup> F. ROUVILLOIS, « Une nouvelle V<sup>e</sup> République ? », Fondation pour l'innovation politique, *Document de travail*, juin 2008.

<sup>71</sup> A. RUGGERI, « Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale », in S. LABRIOLA (a curadi), *La transizione repubblicana*. Studi in onore di Giuseppe Ciromo, Cedam, Padova, 2000, p. 126.