

L'élaboration de la Constitution congolaise du 6 novembre 2015 et les principes du droit constitutionnel

Avis juridique

Par

Jean-François AKANDJI-KOMBÉ
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Caen
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le présent avis juridique, sollicité, a été rendu le 29 octobre 2015. Les commanditaires ont décidé de la rendre publique et, partant, ont autorisé la présente publication d'une version légèrement modifiée.

L'objet de l'avis est le processus qui a débouché sur la Constitution congolaise adoptée par référendum le 25 octobre 2015 et promulguée le 6 novembre.

Le présent texte se limite à une analyse juridique, et n'entend pas se prononcer sur l'opportunité de telle ou telle action politique. Sa publication ici obéit au souci d'alimenter le débat sur le constitutionnalisme africain.

Monsieur,

Vous avez bien voulu solliciter mon avis sur la pertinence juridique du processus, en cours en République du Congo, d'établissement d'une nouvelle Constitution. Je vous en remercie.

Vous souhaitez en particulier savoir si les pouvoirs publics congolais actuels sont habilités à conduire ledit processus, et si le droit congolais leur permet de procéder comme elles l'ont fait. Dans l'esprit de donner les réponses les plus utiles à vos interrogations, j'analyse votre demande comme se rapportant, premièrement, au point de savoir si le Président de la République du Congo peut modifier la Constitution de 2002 en s'affranchissant des limites que celle-ci pose expressément pour sa propre révision, spécialement en son titre XVIII comportant les articles 185, 186 et 187 et, deuxièmement, si la Cour constitutionnelle pouvait, comme elle l'a fait, déclarer un tel processus conforme à la Constitution.

Vous trouverez ci-dessous mes observations et conclusions en réponse à ces deux questions précises.

Elles prennent en compte à titre principal les documents suivants :

- La Constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 ;
- La décision de la Cour constitutionnelle de la République du Congo, en date du 17 septembre 2015, déclarant conforme à la Constitution le recours, par le Président de la République, au référendum pour faire adopter la réforme constitutionnelle ;
- Le compte rendu du Conseil des ministres du 5 octobre 2015, en ce qu'il contient l'exposé des motifs de l'entreprise constitutionnelle en cours ;
- Le projet de Constitution de la République du Congo, tel qu'il a été soumis au référendum ce 25 octobre 2015.

Ces observations et conclusions se veulent strictement ancrées dans le contexte congolais. C'est ce contexte qui fournira les normes de référence de l'appréciation juridique qui va suivre.

Plus précisément dit, le présent avis juridique prendra appui prioritairement sur les dispositions constitutionnelles congolaises, spécialement sur celles de la Constitution de 2002, auxquelles les acteurs eux-mêmes font d'ailleurs abondamment référence. Cette analyse sera, par ailleurs, enrichie d'une perspective de droit comparé, laquelle s'impose en l'espèce du fait que lesdits acteurs disent avoir veillé à ce que leur approche soit « *une approche légitime, légale et respectueuse des procédures reconnues comme telles de par le monde* » (cf. le compte rendu du Conseil des ministres, précité). Enfin, je me suis résolu à prendre en compte les normes internationales et africaines ; ce qui, du reste, ramène à la Constitution car, au Congo, les instruments juridiques internationaux les plus importants font partie intégrante du bloc de constitutionnalité (cf. le préambule de la Constitution de 2002, mais aussi celui du projet de Constitution de 2015).

- I -

Sur la première question :
Le Président de la République du Congo peut-il modifier la
Constitution de 2002 en s'affranchissant des limites que celle-ci
pose pour sa propre révision ?

Cette question appellera une double réponse. Il sera montré d'abord que l'opération constituante en cours ne peut s'analyser en un changement de Constitution, faute pour elle d'en réunir les conditions. Avant que d'ensuite constater que cette opération présente en réalité les traits d'une révision, mais d'une révision conduite au mépris des principes et règles constitutionnels pertinents.

A- L'opération constituante au Congo ne saurait s'analyser en un
changement de Constitution, faute de nécessité

Pour qui a suivi le débat politique congolais, il est clair qu'au fil du temps un glissement sémantique s'est opéré et qu'insensiblement on est passé de l'idée de « révision » à celle de « changement ». Le compte rendu du Conseil des ministres du 5 octobre 2015 évoque ainsi un consensus qui se serait fait jour au « Dialogue de Sibiti » pour un « *un changement de la Constitution du 20 janvier 2002* », afin de « *faire évoluer* » les institutions de la République. Politiquement, l'opération est donc présentée comme une rupture, engagée dans un contexte d'absence de consensus au sortir du « Dialogue de Sibiti » (intervention de M. MOUNGALA, porte-parole du gouvernement, sur RFI, octobre 2015). En droit, elle signifie l'abrogation pure et simple de la Constitution de 2002 au profit d'un nouvel Acte constitutionnel.

Il n'y a là, cependant, rien de plus qu'une prétention, qui demande par conséquent à être confirmée par la réalité. Autrement dit, la qualification de « révision » ou de « changement de Constitution » ne pourrait être rigoureusement retenue que si elle s'avère corroborée par l'opération constituante elle-même, telle qu'elle a été conduite dans les faits. Deux éléments sont, à cet égard, à prendre en compte : d'un côté, l'objet de ladite opération et, de l'autre, le fondement qui lui est donné.

1- L'objet de la nouvelle constitutionnalisation : à la (vaine) recherche de la nécessité
d'un « changement » de Constitution

Par « objet de la nouvelle constitutionnalisation » il faut entendre non seulement les questions abordées lors de ce processus et la manière dont elles sont traitées dans le « nouvel » acte fondamental, mais aussi, plus fondamentalement, la justification même de l'Acte constituant.

Le Congo se définissant, au moins depuis la Constitution du 15 mars 1992, comme une République démocratique (art. 1^{er} des Constitutions de 1992 et de 2002), c'est par référence au régime démocratique qu'il convient d'envisager cette question des mutations constitutionnelles.

Dans cette perspective, il importe d'abord de relever que rien, en droit comme en fait, n'interdit les mutations constitutionnelles. Mieux encore, on peut admettre que c'est une exigence démocratique moderne que les Constitutions forment un droit vivant, devant s'adapter aux réalités et aux évolutions sociales et économiques. Il importe aussi de rappeler, même si cela est d'évidence, que quel que soit le continent, l'agent de ces transformations nécessaires de la Constitution, titulaire de la souveraineté, est le peuple dans ce type de régime.

À cette perspective de droit vivant se rattache une distinction opérée traditionnellement, et presque généralement, par la doctrine constitutionnaliste et qui présente un intérêt particulier dans le présent contexte. C'est celle entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé.

A travers cette distinction, il s'agit essentiellement d'affirmer que les Constitutions peuvent se transformer de deux manières différentes. La première, expression du pouvoir constituant originaire, est un acte de souveraineté absolue : c'est l'établissement, presque *ab nihilo*, d'un acte fondamental de l'Etat, ou d'un acte ré-institutionnalisant celui-ci. L'acte en question est de souveraineté absolue précisément parce que ce pouvoir constituant là, en principe, n'est bridé par aucune autre limite que celles qu'il veut bien se donner. C'est à ce schéma que devrait correspondre, en principe du moins, l'idée de « changement de Constitution » introduite récemment dans le débat congolais. La « révision », quant à elle, relève de l'autre registre, celui du pouvoir constituant dit dérivé. Ce pouvoir se distingue du précédent par le fait qu'il s'exerce nécessairement dans le cadre de la Constitution en vigueur, dont il est tenu de respecter les prescriptions, aussi bien de forme et de procédure que de fond.

Un autre point de différence intéressant entre ces deux sortes de pouvoir constituant est celui, mis habituellement en exergue par la doctrine constitutionnaliste, qui tient aux circonstances dans lesquelles ils peuvent intervenir. Il est admis de ce point de vue que les interventions de l'un ou de l'autre pouvoir sont exclusives l'une de l'autre. En d'autres termes, la révision exclut le changement de Constitution, et vice versa. Ceci n'est que logique compte tenu de ce que, comme observé précédemment, dans un cas c'est le souverain lui-même qui s'exprime alors que dans l'autre c'est un organe institué par lui qui agit. Mais cette dissociation est logique aussi parce que, dans un cas (pouvoir constituant originaire), l'objectif est de fonder ou de refonder l'Etat et que dans l'autre (pouvoir constituant dérivé) il s'agit plus simplement de faire évoluer les éléments du gouvernement de ce dernier.

Il suit de là, et sur ce point n'y a guère de dissension doctrinale, que le changement de Constitution est par définition une opération proprement exceptionnelle. Il est à cet égard intéressant de noter que pour la doctrine du pays d'instabilité constitutionnelle chronique qu'est la France, dans le cadre d'un Etat déjà fondé, le changement de Constitution n'est envisageable que « *lorsqu'un régime politique s'effondre complètement par suite d'une révolution ou d'une guerre* » (B. Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, *Economica*).

L'expérience politique et constitutionnelle que l'on observe de par le monde confirme de manière éclatante cette idée que le changement de Constitution naît de convulsions politiques extrêmes, de convulsions qui entraînent non seulement un changement de régime, mais aussi celui de l'équipe gouvernante. Quelques exemples topiques et récents :

- France. La Constitution de 1946 est née de la 2^e guerre mondiale et de l'effondrement de la 3^e République provoquée par le régime de Vichy ; et elle s'est traduite par le remplacement du gouvernement de Vichy. La Constitution de 1958 est la conséquence de la crise du régime d'Assemblée (instabilité ministérielle chronique) accentuée par la guerre d'Algérie ; la présidence de René Coty a cédé la place à celle du Général De Gaulle.
- Allemagne. La Constitution de 1918 (Constitution du Weimar), qui succède à la Constitution fondatrice de l'Etat, est le fruit à la fois de la 1^{ère} guerre mondiale et de la révolution républicaine ; tandis que la Constitution de 1949, fruit de la deuxième guerre mondiale, restaure la République en mettant fin au 3^e Reich.
- Portugal. La Constitution de 1976, actuellement en vigueur, met fin à la dictature de Salazar.
- Espagne. La Constitution de 1978, toujours en vigueur, marque la fin à la dictature du Général Franco.
- Brésil (même problématique dans plusieurs pays d'Amérique du Sud : Chili, Argentine, Guatemala, etc.). La Constitution de 1988, en vigueur, restaure la République en mettant fin à la dictature militaire.
- Afrique du Sud. La Constitution de 1983 est venue mettre fin au système et au gouvernement de l'Apartheid.
- Tunisie. La Constitution de 2014 est le fruit longuement mûri de la révolution tunisienne, lequel a constitué le point de déclenchement du « Printemps arabe » et entraîné la chute du clan Ben Ali.
- Afrique : Cameroun, Algérie, Burkina Faso, Bénin, Rwanda, etc. Les problématiques contemporaines du « 3^e mandat » apportent elles aussi, même si c'est de manière paradoxale, confirmation de ces tendances. On note que pour la perpétuation des mêmes gouvernants, la voie choisie n'est pas celle du changement de Constitution mais plutôt celle de la révision.

Les circonstances entourant le déclenchement de l'actuel processus constituant au Congo ne répondent précisément pas à ces critères dégagés par la doctrine et confirmés par la pratique. On doit observer, en particulier :

- qu'au moment où est amorcé ce processus, on ne constate au Congo ni état de guerre, ni simple crise institutionnelle ; que les institutions de l'Etat issues de la Constitution de 2002 continuent de fonctionner normalement, au point d'ailleurs que le projet de nouvelle Constitution prescrit le maintien en vigueur, en tant que dispositions provisoires, des dispositions institutionnelles de la Loi fondamentale de 2002 jusqu'à la fin normale des mandats qui en sont issus (article 244) !
- qu'en tout état de cause, le changement de Constitution ne correspond pas à un changement d'équipe gouvernante puisque l'objectif paraît être de permettre à celle qui est en place de perpétuer son règne.

Ainsi, le contexte congolais du moment de déclenchement du processus constituant n'est pas de ceux qui rendent nécessaire un changement de Constitution. Tout au plus pourrait-il justifier une révision de la Loi fondamentale.

2- *L'ampleur des réformes envisagées, un argument non pertinent en faveur du changement de Constitution*

Cela étant dit, il reste à répondre à une ultime objection : celle selon laquelle l'ampleur des modifications de la Constitution de 2002 ne permettrait pas de passer par la voie de la révision et obligerait, par conséquent, au changement pur et simple de Loi fondamentale.

Cette objection est sous-jacente, en même temps que centrale, dans le compte rendu du Conseil des ministres du 5 octobre 2015. En effet, dans ce document, un accent particulier est mis sur ce point, à travers l'énumération exhaustive des nouveautés qui seraient introduites par la Constitution envisagée, et qui consisteraient principalement dans :

- l'élévation de la décentralisation au rang d'objectif constitutionnel ;
- l'abolition de la peine de mort ;
- une protection particulière des femmes, des jeunes et des personnes handicapées ;
- la consécration de l'égalité hommes/femmes ;
- la protection de la liberté d'adhésion aux partis politiques ;
- la consécration d'un statut pour l'opposition politique ;
- l'aménagement des pouvoirs publics avec la création de l'institution d'un Premier ministre chef du gouvernement (assortie de mécanismes de responsabilité politique), la réduction du mandat présidentiel de 7 à 5 ans (avec possibilité de renouvellement deux fois), la suppression de l'âge limite pour se présenter aux élections présidentielles, la consécration d'un droit présidentiel de dissolution de l'Assemblée nationale, l'abaissement de l'âge d'éligibilité ;
- la création d'un statut des anciens dirigeants du Congo ;
- la création de nouveaux organes constitutionnels consultatifs.

A cette objection, il y a lieu de répondre tout d'abord que l'ampleur de la réforme est en l'espèce exagérée, car certaines prétendues innovations font déjà partie intégrante du droit constitutionnel en vigueur. Il en va notamment ainsi de l'égalité hommes/femmes, d'ores et déjà prescrite par l'article 8, alinéa 3 de la Constitution de 2002, ainsi rédigé : « *La femme a les mêmes droits que l'homme. La loi garantit et assure sa promotion et sa représentativité à toutes les fonctions publiques, électives et administratives* ». Il y a lieu ici de noter que le Président de la République lui-même, dans son message sur l'état de la Nation du 13 août 2010, prenait l'engagement de mettre en œuvre cette disposition par une loi à venir (« je prends ici l'engagement de tout mettre en œuvre afin de faire voter une loi sur la parité »), ce qui montre bien qu'à ses yeux le travail restant à faire était de nature législative (et réglementaire). De la même manière, la Constitution en vigueur, en ses articles 174 à 177, prévoit déjà la

décentralisation, à charge pour le législateur de la mettre en œuvre. Il en va pareillement, encore, de l'abolition de la peine de mort et de la protection des personnes vulnérables relevant de la catégorie des jeunes, des femmes, et des personnes handicapées, et ceci par l'effet d'une innovation remarquable du droit constitutionnel congolais, à savoir la constitutionnalisation des engagements internationaux majeurs du pays. Cette liste n'est pas exhaustive : un examen minutieux des exigences constitutionnelles tirées du droit international pourrait bien conduire à réduire encore le catalogue des innovations.

Le second argument susceptible d'être opposé à cette objection est qu'en prévoyant sa propre révision, la Constitution de 2002 n'en réduit pas la portée matérielle autrement qu'en soustrayant trois seuls éléments à un tel exercice : la forme républicaine de l'Etat, le nombre de mandats du Président de la République et, enfin, les droits et libertés des titre 1 et 2 (article 85, alinéa 3). Autrement dit, toutes les autres dispositions peuvent être révisées. Qu'elles le soient séparément, successivement ou simultanément est une simple question d'opportunité politique, la Constitution laissant toute liberté en la matière aux autorités pourvues de l'initiative en matière de révision (le Président de la République et les membres du Parlement, selon l'article 185, alinéa 1).

Sur ce point, la Constitution de 2002 se suffit à elle-même. Mais il n'est pas inutile d'observer que la conception large qu'elle a de l'objet de la révision constitutionnelle est sans doute une des mieux partagées de par le monde.

C'est ainsi qu'en France des réformes majeures et structurantes ont été introduites dans la Constitution de 1958 par la voie de révision, c'est-à-dire sans changement de Constitution : élection du Président de la République au suffrage universel direct, modification de la durée du mandat présidentiel, introduction d'une Charte de l'environnement, institution d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur (procédure de la question prioritaire de constitutionnalité), etc.

On observe aussi que la création des Communautés européennes et les réformes successives de l'Union européenne n'ont, nulle part dans les 27 Etats membres, entraîné un changement de Constitution, alors même que ces réformes prises globalement affectent sensiblement la structure constitutionnelle des Etats membres (cas des Etats fédéraux tels l'Allemagne ou l'Italie), la conception même du pouvoir en leurs seins (conséquence des transferts de souveraineté) et, partant, l'économie des pouvoirs régaliens (transfert des compétences en matière de politique agricole, de politique commerciale extérieure, de politique migratoire, de monnaie, de police, mécanismes de discipline budgétaire etc.). La révision de la Constitution a, partout, été considérée comme un moyen suffisant pour procéder à ces adaptations, même lorsqu'elles portent sur les structures mêmes de l'Etat.

Ce phénomène n'est pas seulement cantonné à l'Europe. Même au Japon, pays de forte stabilité constitutionnelle et aux institutions gouvernantes fortement enracinées dans la tradition, on a vu, notamment à l'occasion du débat autour de l'adoption de la loi du 18 mai 2007 portant organisation de la procédure de révision de la Constitution, que la révision est la voie retenue pour faire évoluer et moderniser les institutions (voir,

notamment, E. Seizelet : « le référendum d'intérêt national en matière de révision constitutionnelle au Japon », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/1, p. 3 et suivants).

Au total, ni l'ampleur, sensiblement exagérée en l'espèce, de la réforme constitutionnelle envisagée, ni le caractère fondamental de certaines institutions créées, ne permettent d'établir un état de nécessité propre à justifier un changement de Constitution. Parce que la présente opération constituante n'ambitionne pas autre chose que de faire évoluer les institutions – selon la propre terminologie des acteurs – la procédure de révision prévue par la Constitution de 2002 apparaît comme la voie juridiquement la plus appropriée, voire la seule voie, pour entreprendre ces réformes.

Les autorités congolaises, à commencer par le Président de la République, ne s'y sont d'ailleurs pas trompées, elles qui se sont comportées comme si ce qu'elles avaient à conduire était bien une révision. Ce penchant pour la révision est certes équivoque, puisqu'il s'accompagne d'un détournement et d'un contournement systématiques du sens des dispositions constitutionnelles en vigueur. Mais il n'est pas moins avéré.

B- L'opération constituante au Congo se présente en réalité comme une révision en violation de la Constitution de 2002

1- L'opération constituante est une révision qui ne dit pas son nom

Pour que l'opération constituante engagée au Congo puisse mériter le titre de « changement de Constitution », il eut fallu, selon la logique juridique exposée plus haut (cf. la distinction pouvoir constituant originel / pouvoir constituant dérivé), que le mode d'élaboration de la nouvelle Loi fondamentale soit autonome, *sui generis*, de même que le mode d'adoption de celle-ci. Il eut fallu aussi, et surtout, que le pouvoir de rédiger la Constitution ne trouve en aucune manière son fondement dans la Constitution de 2002, alors en vigueur.

Or c'est tout le contraire que l'on observe dans les faits.

Tout d'abord, force est d'admettre que l'affirmation tendant à imputer au « *Congo profond* » l'initiative de la réforme (cf. compte rendu du Conseil des ministres) est une pure construction de l'esprit vide de réalité. Formellement, l'initiative vient du chef de l'Etat et de lui seul.

Or, Président de la République du Congo en vertu de la Constitution de 2002, le chef de l'Etat ne peut agir qu'en tant que pouvoir institué par cette dernière, juridiquement incapable par conséquent de poser un acte en dehors de cette Constitution. On observe, dans le même esprit, que la Commission d'élaboration du projet de Constitution est, elle aussi, un organe dérivé de la Constitution, puisqu'il est institué et ses membres sont nommés par décret présidentiel, et donc en vertu d'un pouvoir octroyé par le texte de 2002. Enfin et surtout, on doit constater que l'opération en

cours est formellement basée sur la Constitution de 2002, précisément sur ses article 3 et 110.

Il faut dès lors se faire à l'évidence : ne peut être qu'une révision l'opération constitutionnelle qui est ainsi basée sur la Constitution en vigueur et qui tire d'elle sa légitimité.

D'un autre côté, la démarche qui consiste à invoquer des dispositions dont ce n'est pas l'objet afin d'accréditer la thèse de la licéité de la réforme engagée ne peut déboucher que sur une violation dudit texte fondamental. Cette violation est flagrante. Il y a aussi tout lieu de penser qu'elle est délibérée. Elle connaît les deux modalités qui suivent.

2- *Cette révision méconnaît la Constitution de 2002 par contournement de règles pertinentes*

La Constitution de 2002 contient un titre particulier consacré à la révision. Il s'agit du titre XVIII, qui comprend les articles 185, 186 et 187. Des dispositions de ces articles il ressort un ensemble de règles de forme et de procédure encadrant la révision (article 165, alinéas 1 et 2, articles 186 et 187), mais aussi des prescriptions de fond concernant le noyau non révisable du texte fondamental (art. 185, alinéa 3).

Ce sont ces dispositions que le Président de la République a choisi d'ignorer.

Cette mise à l'écart des règles de révision concerne d'abord l'alinéa 3 de l'article 185. Cela ne surprend guère puisque l'un des objectifs avérés de l'opération en cours est de faire sauter le verrou interdisant la révision des dispositions du noyau dur, dont celles concernant le nombre de mandats présidentiels.

Mais les règles de forme et de procédure ne sont pas épargnées non plus. Le choix fait sur ce point a été de recourir systématiquement à d'autres dispositions que celles inscrites sous le titre XVIII, pour légitimer l'exercice de pouvoirs pourtant prévus dans le strict cadre de la procédure de révision. C'est ainsi que l'initiative du Président de la République en matière référendaire est rattachée à l'article 110, alinéa 3, plutôt qu'à l'article 186, alinéa 1. C'est ainsi aussi que la saisine obligatoire de la Cour constitutionnelle est fondée sur différentes dispositions de la loi organique du 17 janvier 2003, plutôt que sur le même alinéa de l'article 186 de la Constitution.

Il y a là une claire volonté d'éviter des normes de révision jugées par trop contraignantes, tout en ancrant la réforme dans la Constitution en vigueur.

3- *Cette révision méconnaît la Constitution de 2002 par dévoiement du sens de ses dispositions*

S'il est vrai que la Constitution de 2002 est abondamment invoquée à l'appui de la réforme constitutionnelle en cours, il est aussi clair que c'est au prix d'une interprétation systématiquement tendancieuse des dispositions visées.

Celles invoquées comme fondement de ladite réforme fournissent le plus bel exemple de cette entreprise de dévoiement du sens constitutionnel.

Pour rappel, ces dispositions sont celles des article 3 alinéa 1, et 110 alinéa 3, aux termes desquelles :

- « *La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce au moyen du suffrage universel par ses représentants élus, ou par la voie du référendum* » (art. 3, al. 1) ;
- « *Le parlement a l'initiative des référendums concurremment avec le Président de la République* » (art. 110, al. 3).

A noter qu'il ressort de l'argumentaire gouvernemental que ces dispositions doivent être lues ensemble.

Il est précisé et à titre principal soutenu que le Président tient de l'article 110 de la Constitution le droit de saisir le peuple d'un projet de loi constitutionnelle. Cette interprétation est manifestement spécieuse. Cet article de la Constitution, pour peu qu'on veuille bien le lire dans son contexte, ne comporte pas une habilitation générale à recourir au référendum, mais vise uniquement le référendum en matière de législation ordinaire. En effet, l'article 110, alinéa 3 se trouve placé dans un titre VI consacré au « pouvoir législatif » qui précise : la composition de l'organe législatif, à savoir le Parlement, le mode d'élection des parlementaires, et les règles relatives à leurs mandats (articles 89 à 93 et 95 à 102) ; les règles de fonctionnement et de délibération des assemblées (art. 103 à 109) ; le domaine de la loi ordinaire (art. 111 à 113). Par ailleurs, l'article 110 alinéa 3 est à lire à la lumière des autres alinéas du même article et compte tenu de l'objet général de ce dernier. Or cet objet n'est autre que de conférer le pouvoir d'initiative en matière législative, à entendre strictement comme initiative en matière de législation ordinaire, ainsi que d'habiliter à adopter de telles lois.

Il suit de là que c'est une déformation manifeste du sens constitutionnel que de prétendre que l'article 110 conférerait au Président de la République le pouvoir de consulter le peuple sur un texte de nature constitutionnelle.

Il importe par ailleurs de rappeler que l'hypothèse que formule cette interprétation de l'article 110 est logiquement et juridiquement impossible. Sauf bien sûr à considérer que le constituant, pouvoir suprême, donnerait pouvoir à une autorité instituée et donc limitée, en l'occurrence le Président de la République (mais aussi, dans le présent contexte, le Parlement), pour disposer de sa propre volonté en abrogeant l'acte qui en est le support. Sauf à admettre aussi comme plausible une autre incongruité juridique, celle selon laquelle une autorité ou un organe institué quelconque disposerait du pouvoir de modifier ou de faire disparaître l'acte juridique dont elle ou il tire son existence et son autorité.

La violation caractérisée de la Constitution de 2002 est ainsi, en rapport avec la première question, indiscutable.

- II -

Sur la seconde question :

La Cour constitutionnelle pouvait-elle, comme elle l’a fait, autoriser le Président de la République à consulter le peuple par référendum « sur l’évolution des institutions » ?

Pour mémoire, la Cour constitutionnelle a été saisie par le Président de la République le 14 septembre 2015, par lettre enregistrée le 15 septembre, du point de savoir « *s’il est en droit de prendre appui sur le dernier alinéa de l’article 110 de la Constitution afin de consulter le peuple, par voie de référendum, sur l’évolution des institutions de la République* ». Dans sa décision du 17 septembre 2017, la Haute juridiction s’est tout d’abord déclarée compétente, en vertu des articles 36 alinéa 1 et 35 alinéa 1 de la loi organique du 17 janvier 2003 portant organisation et fonctionnement de la Cour, lesquels prévoient, respectivement, que celle-ci « *peut être saisie pour interprétation des dispositions constitutionnelles* » notamment par le Président de la République, et que celui-ci peut déférer à la même Cour les lois avant leurs promulgations. Elle a ensuite, sur le fond, répondu à la question posée par l’affirmative, et ce, sur la base de l’article 110 alinéa 3 de la Constitution de 2002 dont les termes ont été rappelés plus haut.

On peut, et cela n’a pas manqué, être dubitatif quant à la réponse sur la compétence pour plusieurs raisons. Il a été soutenu que la Cour devait décliner sa compétence dès lors que la saisine n’indiquait pas la norme constitutionnelle d’habilitation de l’auteur de ladite saisine (ce qui était le cas en l’espèce), ou encore lorsque, comme c’était le cas, la juridiction constitutionnelle n’est pas saisie d’un texte précis. L’objection pouvait aussi être que la Cour ne saurait avoir compétence pour autoriser à déroger à la Constitution (en n’appliquant pas les dispositions relatives à la révision), voire pour se prononcer sur une initiative qui aurait pour effet d’abroger la Constitution.

Soutenir l’un ou l’autre de ces arguments revient à considérer que la Cour a violé tant la Constitution que la loi organique parce qu’elle ne s’est pas déclarée incompétente. Mais une autre position est possible, qui a notre faveur. Elle consiste à *considérer qu’il y a bien violation des textes de référence, mais plutôt parce que la Cour, ayant retenu sa compétence, n’a pas véritablement joué son rôle de garante du respect de la Constitution.*

Ceci appelle quelques explications.

Tout d’abord, la circonstance que la Cour n’ait pas été saisie d’un texte, ou qu’elle ait été saisie pour simple avis n’apparaît pas dirimante pour conclure à l’incompétence. Que la loi organique ait défini des chefs de compétences qui ne figurent pas dans la Loi fondamentale ne l’est pas davantage.

Il importe en effet, à cet égard, de se rappeler deux données constitutionnelles fondamentales. La première est que la si la Constitution prévoit bien que soient rendues des décisions sur la constitutionnalité des lois, des traités et des engagements

internationaux (art. 146 alinéa 1 de la Constitution de 2002), elle prévoit aussi que ne soient rendues que des « avis de conformité » en ce qui concerne les lois organiques (art. 148, al. 2), et surtout que la Cour constitutionnelle peut être saisie, notamment par le Président de la République (article 148, al.1), et ce sans préciser si cette saisine doit viser un texte à contrôler ou non, ou si ce contrôle doit déboucher sur une décision ou sur un simple avis. Dans ces conditions, on est enclin à penser que le législateur organique n'a pas mal apprécié en retenant que « *la Cour constitutionnelle est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* » (art. 1 de la Loi organique), et en déduisant de ce statut qu'elle peut être saisie pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles (art. 36, alinéa 1 de la Loi organique) et pour avis. Cette fonction de régulation tend, au demeurant, à devenir une marque des juridictions constitutionnelles modernes. Leur rôle n'est plus seulement de décider, et donc de trancher des conflits d'interprétation. Il est aussi d'assister les pouvoirs publics dans leur action afin de prévenir autant que faire se peut les violations de la Constitution.

Quant au fait que la requête ne contient pas l'indication du fondement du recours, il ne saurait être tenu pour un critère d'incompétence dès lors qu'il est reconnu à la plupart des juridictions constitutionnelles la prérogative de décider elles-mêmes de leur compétence lorsqu'il y a doute ou contestation. Cela a pour conséquence logique qu'elles peuvent substituer au fondement indiqué dans la requête un autre fondement, mais aussi qu'il leur appartient de suppléer à une carence de l'acte de saisine sur ce point.

Il y a donc lieu de considérer que la Cour constitutionnelle n'a pas nécessairement mal jugé en se déclarant compétente.

Mais ayant ainsi fait, elle aurait dû s'assurer que la Constitution était bien respectée, en usant de l'ensemble de ses pouvoirs de juge constitutionnel, ce qu'elle n'a pas fait.

User de ses pouvoirs d'abord pour assurer l'autorité de sa délibération. Il peut être considéré en effet que la saisine appelait nécessairement une décision et non pas un avis, parce qu'elle tendait à faire apprécier que la Constitution est ou n'est pas respectée, soulevant ainsi une pure question de conformité à la Constitution. Conclure en ce sens, c'était faire en sorte que la délibération de la Cour du 17 septembre s'impose à tous, et notamment aux pouvoirs publics, comme le prévoit l'article 150, alinéa 2 de la Constitution.

User de ses pouvoirs ensuite aux fins de faire préciser la question posée par le Président de la République. Cette question était à l'évidence équivoque, principalement en ce qui concerne l'objet du référendum envisagé. Cela commandait de clarifier le point de savoir en quel acte constitutionnellement qualifié s'analysait le « faire évoluer les institutions » de la requête. S'agissait-il de consulter le peuple sur une loi ordinaire ou sur une loi de révision (loi constitutionnelle ?), ou bien encore sur une Constitution nouvelle ? La Cour aurait pu, usant des pouvoirs d'instruction qui sont les siens en vertu de la loi organique de 2003, inviter le Président de la République à apporter ces précisions et, en l'absence de telles précisions, déclarer la requête irrecevable.

En considérant cette dernière condition – préciser les termes de la question posée – était remplie, on peut aborder le débat de fond sur la constitutionnalité, qu'il revenait à la Cour de trancher. Au regard des normes constitutionnelles en vigueur et par application des principes généraux du droit public, il pouvait être raisonnablement attendu de la Cour, selon le cas de figure, une des réponses suivantes.

Premier cas de figure : l'évolution des institutions doit donner lieu à un projet de loi ordinaire. Le président est alors juridiquement fondé à baser son initiative sur l'article 110, alinéa 3 de la Constitution de 2002. En effet, ainsi qu'il a été vu plus haut, eu égard au contexte dans lequel il s'inscrit, cet article peut être interprété en ce sens qu'il autorise, en matière de législation ordinaire, le Président de la République à consulter le peuple par voie de référendum.

Deuxième cas de figure : le texte support du projet d'évolution des institutions se présente sous la forme d'une loi constitutionnelle de révision. Le fondement pertinent n'est alors pas celui invoqué par le Président de la République, mais plutôt l'article 186, alinéa 1 de la Constitution, lequel prévoit que « *lorsqu'il émane du Président de la République, le projet de révision est soumis directement au référendum* ». Fonder l'opération envisagée sur l'article 110, alinéa 3, reviendrait alors à commettre une inconstitutionnalité.

Troisième cas de figure : le projet d'évolution des institutions doit prendre la forme d'une Constitution nouvelle. Non seulement l'article 110, alinéa 3, dont il a été vu qu'il était réservé au référendum législatif, n'est pas le fondement juridique idoine, mais encore, et surtout, pareille opération ne saurait trouver de fondement dans la Constitution de 2002. On l'a assez montré à propos de la première branche de la présente demande d'avis : il est juridiquement et logiquement inconcevable qu'une autorité *instituée* par la Constitution reçoive de celle-ci pouvoir pour poser un acte qui aurait pour conséquence l'abrogation de cette Constitution. Ce raisonnement vaut, bien sûr, pour le Président de la République. Mais il vaut aussi pour la Cour constitutionnelle en tant qu'organe institué (voir l'article 144, alinéa 1 de la Constitution de 2002 : « *Il est institué une Cour constitutionnelle* »). On doit d'autant plus insister sur ce point que la décision de la Cour du 17 septembre paraît assez équivoque sur ce point, semblant accrédi-ter l'idée d'une compétence universelle de ladite Cour tirée l'article 9 de la loi organique de 2003, aux termes duquel elle « *donne également des avis consultatifs sur toute question relevant de sa compétence d'attribution* ». Une telle idée ne saurait prospérer car elle se heurte à un principe général du droit qui impose que le titulaire d'une compétence attribuée soit strictement lié par l'acte d'attribution, et ne puisse donc agir que dans le cadre de celui-ci et en conformité avec lui. C'est dire que la Cour constitutionnelle ne saurait détenir, en vertu de la Loi fondamentale, un pouvoir d'interpréter en dehors de, et contre cette dernière.

Qui a pris connaissance de la décision du 17 septembre de la Cour constitutionnelle sait qu'il n'y a pas été procédé à cette appréciation rigoureuse de la constitutionnalité de la démarche du Président de la République. On ne peut qu'en déduire que la Cour constitutionnelle n'a pas rempli son office de

gardienne du texte fondamental, autorisant par là même une violation manifeste de celui-ci.

Tels sont, Monsieur, les éléments qu'en toute indépendance et en toute rigueur j'ai jugé utile d'apporter en réponse à votre demande d'avis juridique.

J'espère que ces éléments vous apparaîtront pertinents.

Bien à vous,

Fait à Paris le 29 septembre 2015